DAS

VITIUM FURTI UND SEINE PURGATIO IM RÖMISCHEN RECHT.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOCTORWÜRDE

DER

HOHEN JURISTISCHEN FACULTÄT

DER

KÖNIGLICHEN BAYERISCHEN FRIEDRICH ALEXANDER-UNIVERSITÄT

ZU ERLANGEN

VORGELEGT VON

Dr. iur. P. W. HALLENSLEBEN

REFERENDAR

IN AACHEN.

AACHEN.

DRUCK VON C. H. GEORGI.

1895.

Dem Andenken des Vaters

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0076

I. Was versteht man unter vitium furti und dessen purgatio!

Die Ersitzung ist eines der wichtigsten Institute des Privatrechtsverkehrs. Lediglich aus practischen Rücksichten, vorzüglich zur Beseitigung der in den Eigentumsverhältnissen der Einzelnen bestehenden Ungewissheiten, eingeführt, tritt sie der durch Rechtsgeschäft vermittelten Constituierung des Eigentums ebenbürtig zur Seite als besondere Erwerbsart desselben.

Bei der hohen Bedeutung, welche die Ersitzung im römischen Recht hat, erscheint es naturgemäss, dass die Voraussetzungen derselben genau normiert sind.

Gewisse Objekte sind von vorne herein von der Ersitzung ausgeschlossen, weil die Ausdehnung auf diese ein Unrecht bedeuten würde. Nie darf aber das Recht so weitgehen, aus Rücksichten der Bequemlichkeit oder Sicherheit des Rechtsverkehrs aus Unrecht Recht zu machen, dies würde seinem innern Wesen und seiner idealen Aufgabe widersprechen; wohl darf es aus der lange Zeit hindurch ungestörten thatsächlichen Ausübung des Rechts auf das wirkliche Vorhandensein desselben oder doch wenigstens die Einwilligung des Berechtigten schliessen.

Diese Gedanken finden im römischen Recht ihre ausdrückliche Bestätigung, indem es die res furtivae von der ordentlichen Ersitzung ausschloss und nur die ausserordentliche auf sie Anwendung finden liess.

Gälte freilich dieses Prinzip in seiner ganzen Strenge, so dass durchaus keine Remedur des den res furtivae anhaftenden Vitiums eintreten könnte, so würde hierdurch das so wichtige Institut der Acquisitivverjährung auf einen

geringen Umfang beschränkt werden, da ja, wenn auch nicht an allen, so doch wenigstens an vielen Sachen zu irgend einer Zeit einmal ein furtum begangen worden sein dürfte, und daher ist es billig, falls dieser Fehler aufhört, d. h. eine purgatio vitii rei furtivae eintritt, dem vorher gehemmten Einfluss der Zeit nunmehr die gebührende Anerkennung zu teil werden zu lassen. Wie und unter welchen Voraussetzungen dieses stattfinde, wird die spätere Ausführung darzulegen suchen.

Zunächst einige einleitende historische Bemerkungen.

II. Wo findet sich das Verbot der Usucapion der res furtivae!

Das Verbot der Ersitzung der res furtivae ist nach den uns überlieferten Mitteilungen in den zwölf Tafeln und der lex Atinia enthalten.

§§ 2, 3 Inst. de usuc. 2, 6:

„Furtivae quoque res et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt; nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibent usucapionem, vi possessarum lex Julia et Plautia.

Quod autem dictum est, furtivarum et vi possessarum rerum usucapionem per leges prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur, quive per vim possidet, usucapere possit (nam his alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possident); sed ne ullus alius, quamvis ab iis bona fide emerit, usucapiendi ius habeat . . . .“

Ueber den Zeitpunkt der Entstehung der lex Atinia herrschen verschiedene Ansichten. Wahrscheinlich ist sie nach einem tribunus plebis benannt worden. Einige führen ihren Namen zurück auf C. Atinius Labeo, der im Jahre 624 a. u. c. lebte, andere auf einen Volkstribun

des Jahres 557 mit gleichem Namen. Welche von diesen Vermutungen die richtige ist, hat für uns nur geringen Wert und mag philologisch-historischer Forschung überlassen bleiben, ebenso bedarf es an dieser Stelle nicht des Nachweises, dass die Lesart Atinia den Vorzug verdiene vor *Ἀτίλιος νόμος* (Theophil.) und *δόγμα Ἀτίλιον* (Psellus, synops. V 639) conf. Dirksen über die zwölf Tafelfragmente p. 591.

Der Wortlaut der lex Atinia soll nach Gellius, noct. att. 17, 7 gewesen sein:

„Quod surreptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto.“

Hingegen wird uns der Wortlaut der zwölf Tafeln nirgendwo überliefert, sodass die Wiederhersteller derselben hier den freiesten Spielraum hatten. — Conf. Unterholzners ausführliche Entwickelung der gesamten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten, Leipz. 1828, Bd. 1, S. 197 ff. —

An sich scheint es gar nicht undenkbar, dass der Inhalt der zwölf Tafeln und der lex Atinia wesentlich gleich war, und dass es nur notwendig erschien, eine so wichtige Bestimmung dem Volke in Erinnerung zu bringen. Unterholzner a. a. O. glaubt, dass die lex Atinia hauptsächlich eine Wiederholung der zwölf Tafeln gewesen sei und sich von deren Inhalt nur dadurch unterscheide, dass in derselben auch über die Wiederherstellung der Ersitzbarkeit Angaben enthalten seien.

L. 215 D. de verb. sign. 50, 16. Paulus . . . . .

In lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri, et si eius vindicandae potestatem habuerit, Sabinus et Cassius aiunt.

Dieser Ansicht schliessen sich auch Dirksen[1]) und Puchta[2]) an. Jacob Golhofredus[3]) glaubt in den zwölf

[1]) Zwölf Tafelfragmente p. 592.

[2]) Puchta, Institut II, § 239 Note r r.

[3]) Notae ad. XII, tab. ad. verb. furt. rei tab. III, p. 147.

Tafeln habe res furtivae gestanden und darunter seien die res amotae a coniuge nicht inbegriffen, während die lex Atinia die Ersitzung der res surreptae untersage und damit den in dem Ausdruck „res furtivae“ nicht enthaltenen Begriff ebenfalls umfasse. Diese Annahme ist willkürlich und kaum mit l. 29 D. 25, 2 zu vereinbaren.

L. 29: rerum amotarum aestimatio ad tempus, quo amotae sunt, referri debet: nam veritate furtum fit, etsi lenius coercetur mulier, quare nec a bonae fidei possessore ita res amotae usucapiuntur.

Wetzell[1]) meint das Verbot der zwölf Tafeln beziehe sich nur auf den fur selbst, während die lex Atinia dieses Verbot auf den bonae fidei possessor habe ausdehnen wollen. Er scheint hierbei übersehen zu haben, dass nach Gaius bereits die zwölf Tafeln auch diesen Fall mit einbegriffen haben, da es keiner besondern Erwähnung bedarf, dass derjenige, welcher eine Sache entwendet hat, sie nicht ersitzen könne, da er ja in mala fide ist.

Gaius, inst. II, § 49: Quod ergo vulgo dicitur, furtivarum rerum et vi possessarum usucapionem per legem duodecim tabularum prohibitam esse non eo pertinet, ut ne ipse fur quive per vim possidet, usucapere possit — nam huic alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possidet — : sed nec ullus alius, quamquam ab eo bona fide emerit, usucapiendi ius habeat.

Von anderer Seite werden noch mehrfache Erklärungsversuche zur Feststellung des Verhältnisses zwischen den zwölf Tafeln und der lex Atinia gemacht, aber alle können sie nur geringen Anspruch auf Wahrheit machen; will man offen sein, und das halte ich für das richtigste, so muss man zugeben, dass dieses Verhältnis gar nicht oder wenigstens nur sehr mangelhaft festgestellt werden kann, da der Wortlaut der in den zwölf Tafeln über diesen

[1]) Lex XII, tab. usuc. proh. p. 81, München 1840.

Punkt niedergelegten Bestimmungen so gut wie unbekannt ist.

Was aber die Auslegung der in der lex Atinia enthaltenen Worte betrifft, so dürfte dieselbe nicht ganz einfach sein. Besondere Schwierigkeit bietet die Erklärung des Satzes „eius rei aeterna auctoritas esto.“ Auctoritas gehört auch zu jenen in der lateinischen Sprache so häufig vorkommenden Worten, deren Bedeutung nicht allgemein festgestellt werden kann, sondern sich mehr aus dem logischen Zusammenhang und der Situation der Stelle ergiebt. Ich glaube Puchtas[1]) und Unterholzners[2]) Uebersetzung als die richtigste bezeichnen zu dürfen, die unter auctoritas den rechtlichen Schutz verstehen, genauer gesagt: die trotz Zeitablaufs ungehinderte potestas vindicandi.

Dieselbe wird auch bestätigt durch l. 26 D. de aq. et aq. pluv. arc. 39, 3:

Scaevola respondit, solere eos, qui iuridicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi ius non probaretur und

Cicero pro Caecina c. 26: „Aquaeductus, haustus, iter, actus a patre; sed rata auctoritas harum rerum omnium a iure civili sumitur.

Andere, z. B. Mommsen[3]) und Huschke,[4]) verstehen auctoritas als Verpflichtung der Haftung bei Eviction und berufen sich namentlich auf Cicero, de offic. I, 12 § 37: adversus hostem aeterna auctoritas.

Wie dem auch sei, jedenfalls geht die allgemeine Ueberzeugung dahin, dass die lex Atinia die Usucapion

---

[1]) Civil. Abhdlg. Berlin 1823, p. 1—71; kleine Schriften, Leipzig 1851, II, p. 24—71.

[2]) Unterholzner, I, § 7.

[3]) Ad legem de seribis et viatoribus et deauctoritate, 1843, p. 21.

[4]) Recht des nexum 1846, p. 101 N. 269.

der res furtivae bis zur Rückkehr in potestatem domini für unstatthaft erklärt.

Nach diesen wenigen einleitenden Worten treten wir nunmehr an die eigentliche Materie heran. Im folgenden ist zunächst der Begriff des furtum klarzustellen, weil dessen genaue Kenntnis Voraussetzung für die Begrenzung der res furtiva ist.

III. Begriff des furtum im Römischen Recht.

In der bekannten Digestenstelle l. 1, § 3 D. de furt. 47, 2 erklärt Ulpian das furtum also:

„Furtum est contrectatio rei frandulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei vel usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere.“

Aehnlich sagt § 1 I. de obl. quae ex del. 4, 1:

Furtum est contrectatio rei frandulosa, vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve quod lege naturali prohibitum est admittere. Paulus sent. rec. II 31, § 1. charakterisiert das furtum durch Definition des Begriffes „fur“: „fur est, qui dolo malo rem alienam contrectat“.

Der Begriff des furtum dürfte sich also wohl auf Grund dieser Stellen dahin bestimmen lassen: furtum ist jede arglistige d. h. bewusst widerrechtliche Behandlung einer körperlichen, beweglichen Sache in der Absicht sich durch die Sache selbst oder ihren Besitz oder Gebrauch zu bereichern. Vergl. Windscheid, Pandecten § 452. Wesentliche Merkmale des Begriffes „furtum“ sind 1. Behandlung einer körperlichen, beweglichen Sache, 2. Bereicherungsabsicht, 3. Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, 4. Verletzung eines fremden Rechts.

Unter Behandlung einer körperlichen Sache „contrectatio“ ist zu verstehen, dass der mit dem animus lucri handelnde zu der betreffenden Sache in ein körper-

liches, diesem animus entsprechendes, Näheverhältnis tritt. Die contrectatio ist erst vollendet, wenn der verbrecherische Wille zu einer äusserlich hervortretenden That geworden ist. Die blosse Absicht oder das Aussprechen derselben, sei es mündlich oder schriftlich, ist kein furtum. L. 52, § 19 dig. 47, 2: Neque verbo neque scriptura quis furtum facit: hoc enim iure utimur, ut furtum sine contrectatione non fiat. Fehlt die contrectatio, so fällt auch das furtum hinweg: l. 75 dig. h. t.: si is, qui procuratorem se esse simulabat, effecisset, ut vel sibi vel cui me delegavit, promitterem: furti cum eo agere non possum, quoniam nullum corpus intervenisset, quod furandi animo contrectaretur.

Eine Definition von contrectatio, contrectare findet sich, soviel mir bekannt, in der justinianischen Codification nicht, und glaube ich es diesem Umstande zuschreiben zu müssen, dass über Bedeutung und Wesen dieser Worte verschiedene Meinungen in unserer Litteratur existieren. Im allgemeinen pflegt man contrectare mit loco movere zu identifizieren, gestützt auf l. 3, § 18 de poss. 41, 2: si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. Sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt, possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur.

Dollmann[1]) erklärt loco movere, in dem Sinne von „verrücken, die Sache von dem räumlichen Punkte, auf dem sie unmittelbar steht, liegt, befestigt ist, wegnehmen“ als indentisch mit contrectare = fassen, ergreifen, wobei das con das völlig und ganz ausdrücke.

Theophilus übersetzt das „contrectare“ durch *ἀναστρέφεσθαι περὶ τὸ πρᾶγμα*, was allerdings dem Begriffe

[1]) Die Entwendung nach den Quellen des gemeinen Rechts, Kempten 1834, p. 19.

„loco movere„ nicht ganz zu entsprechen scheint. Früher wurde vielfach, namentlich von den ältern, sächsischen Juristen, wie Carpzow, Carl Ferd. Hommel, Püttmann u. a., das loco movere für nicht genügend erklärt, vielmehr verlangten sie, dass der fur die Sache weggetragen und in seine Gewahrsam gebracht habe; daher der in der Theorie des Strafrechts so häufige Ausdruck „Ablationstheorie". Diese Auffassung lässt sich mit den positiven Bestimmungen des römischen Rechts kaum vereinbaren, man vergleiche z. B. l. 3, § 2 dig. de furt. 47, 2: . . . . magis est, ut et Julianus scripsit, etsi non ibi deprehendatur, ubi furtum fecit, adtamen esse furem manifestum, si cum re furtiva fuerit adprehensus, priusquam eo loci rem pertulerit, quo destinaverat; und l. 21, § 10 h. t.: quamvis autem earum rerum, quas quis non abstulit, furti teneatur. . . .

Auf die verschiedenen, über den Zeitpunkt der Vollendung des Diebstahls in dem neuern Strafrecht herrschenden Theorieen hier einzugehen, würde zu weit führen und auch deshalb überflüssig sein, weil diese Materie in den gebräuchlichen Werken über Strafrecht zur Genüge erörtert worden ist; jedoch bedarf es, um einem naheliegenden Irrtum vorzubeugen, besonderer Erwähnung, dass der Begriff „contrectatio" sich durchaus nicht mit „Besitzerwerb" deckt. Dieses gilt namentlich bei dem furtum usus; hingegen wird bei dem furtum rei und possessionis die contrectatio regelmässig gleichbedeutend mit Besitzergreifung sein, da die Voraussetzungen für diese beiden Begriffe in gleicher Weise in der Verfügung über eine Sache, verbunden mit der Absicht sich dieselbe anzueignen,[1]) bestehen. Dieses ist aber nur die Regel, Ausnahmen kommen vor. Entwendet z. B. ein Sklave ohne Befehl des Herrn, so erwirbt weder der

[1]) Conf. Unterholzner § 65.

Sklave[1]) den Besitz der entwendeten Sache, noch der Herr. (Conf. l. 24 D. 41, 2: quod vero ex maleficiis adprehenditur, id ad domini possessionem non pertinet. . .) — Ein anderer Fall: Der Besitz einer speziell verpfändeten Sache ist bei dem Verpfänder verblieben, dieser begeht durch Veräusserung derselben sicherlich ein furtum, l. 19, § 6, l. 66 pr. dig. de furt.; von einem Besitzerwerb seitens des fur kann jedoch nicht die Rede sein, da derselbe schon früher die possessio hatte. Ebenso wenig enthält jede Entwendung eine Entziehung des Besitzes. Freilich bildet dies bei dem furtum rei und dem furtum possessionis wenigstens die Regel, doch kommt bei dem furtum usus eine Entziehung des Besitzes keineswegs in Frage.

Aus dem Wesen der contrectatio rei folgt schon von selbst, dass die res eine res corporalis sein muss, und wenn contrectare fast den gleichen Sinn hat, wie loco movere, auch, dass nur Mobilien Gegenstand des furtum bilden können. Allein dieser letztere Umstand ist besonders zu erwähnen, weil in den ältesten Zeiten der Rechtsbildung auch ein furtum an Immobilien für möglich gehalten wurde, wenn auch vielleicht nur von einigen wenigen. Gaius berichtet hierüber in l. 38 dig. 41, 3: abolita est quorundam veterum sententia existimantium, etiam fundi locive furtum fieri, und in seinen Institutionen 2, 51 . . . . cum improbata sit eorum sententia, qui putaverint furtivum fundum fieri posse. Dass das alte römische Recht auch ein furtum an Immobilien gekannt habe, berichtet Gellius, noct att. XI, 18: dort weist er bezüglich der Begriffe furtum conceptum und oblatum und manches andern „ex egregiis veterum moribus accepta“ auf das Werk des Sabinus „de furtis“ hin, daselbst stehe auch „quod vulgo inopinatum est“, dass nicht blos an

[1]) v. Savigny, Recht des Besitzes, S. 98.

res mobiles, sondern auch an res immobiles ein furtum begangen werden könne.[1])

2. Die contrectatio rei muss fraudulosa sein, d. h. bewusst widerrechtlich, der fur muss in dolo malo sein.[2]) Es ist notwendig wirkliches Unrecht und Bewusstsein desselben, Unrecht ohne Bewusstsein desselben genügt ebensowenig wie Bewusstsein des Unrechts ohne wirkliches Vorhandensein desselben. Windscheid a. a. O. Anm. 4. Bezüglich der Unkenntnis des Unrechts ist kein Unterschied vorhanden, ob dieselbe auf thatsächlichem oder rechtlichem Irrtum beruht. So liegt z. B. furtum dann nicht vor, wenn man die Einwilligung des Berechtigten voraussetzte. L. 46, § 7 D. h. t.: Recte dictum est, qui putavit se domini voluntate rem attingere non esse furem: quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse, sive falso id sive vere putet? is ergo solus fur est, qui attrectavit, quod invito domino se facere scivit. Conf. Gaius III, 57: § 7 Inst. 4, 1. Derjenige ist kein fur, welcher eine von dem Erblasser geliehene oder gemietete Sache irrigerweise als zum Nachlass gehörig betrachtet und sie verkauft oder verschenkt. L. 36, dig. 41, 3: potest pluribus modis accidere, ut quis rem alienam aliquo errore deceptus tamquam suam vendat forte aut donet et ob id a bonae fidei possessore res usucapi possit, veluti si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum depositam existimans hereditariam esse alienaverit. S. §§ 4, 5 inst. de usurp. Ebensowenig schadet das auf einem Rechtsirrtum beruhende Nichtwissen fremden Rechts. L. 36, § 1 eod. item . . . . si is, ad quem usus fructus ancillae pertinet, partum eius existimans suum esse, quia et fetus pecudum ad fructuarium

[1]) Rein, Criminalr. der Römer, S. 296, 302; Stintzing, das Wesen von bona fides und titulus in der röm. Usucapionslehre, 1852, § 9.

[2]) De Retes de furti not. Meermanni, thes. VI, p. 331; Wächter in Weiskes Lexicon, Bd. III, p. 351 ff.

pertinet, alienaverit, furtum non committit d. h. der Usufructuar einer Sklavin begeht kein furtum, wenn er irrtümlicherweise die Grundsätze über den usus pecudum auf den usus fructus ancillae überträgt und sich daher das Sklavenkind in gleicher Weise aneignet.[1])

Man könnte erwarten, dass infolge des Erfordernisses der contrectatio *fraudulosa* alle gewaltsame Aneignung vom furtum ausgeschlossen sei.[2]) Das römische Recht jedoch steht auf dem entgegengesetzten Standpunkte, wenigstens bis zum Erlass der Novelle 134; denn es finden sich mehrfach Beweise dafür, dass der Raub als furtum bezeichnet wird und gegen den Räuber die actio furti manifesti und nec manifesti gegeben wird. Contrectatio fraudulosa ist also durchaus nicht gleichbedeutend mit contrectatio sine vi. Derjenige, welcher raubt = mit Gewalt stiehlt, ist ebenfalls ein fur:

Gaius III, § 209: Qui res alienas rapit, tenetur etiam furti: quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui rapit? itaque recte dictum est, eum esse improbum furem.

L. 80, § 3 dig. de furt. Cum raptor omnino furtum facit, manifestus fur existimandus est. L. 14, § 12 dig. quod met. c. 4, 2: . . . . quamvis, qui vi rapuit, fur improbior esse videatur.

Wahrscheinlich waren die römischen Juristen in diesem Punkte geteilter Ansicht, da Justinian in Novelle 134 c. 13 für nötig erachtete, den Begriff „fur“ zu begrenzen: fures vocamus, qui occulte et sine armis huius modi delinquunt: eos autem, qui violenter adgrediuntur, aut cum armis aut sine armis . . . . Seit dieser ausdrücklichen Bestimmung ist bei dem Vorzuge, den die Novellen vor den übrigen Teilen des corpus iuris (im heutigen

[1]) Mühlenbruch, Arch. f. civ. Pr. Bd. 2, S. 407; Unterholzner, Bd. 1, § 63.

[2]) Dollmann, Entwendung § 15 u. § 4; Rein, Criminalrecht p. 314 ff.

Sinn) verdienen, contrectatio fraudulosa eine contrectatio sine vi.

Unter den Begriff der contrectatio fraudulosa fällt auch, wenn man einen andern verleitet die Detention oder possessio der Sache zu gestatten. So liegt also furtum dann vor, wenn die Einwilligung hierzu dadurch erzielt wird, dass man in der Person des Einwilligenden einen Irrtum über die Identität der Person hervorruft, z. B. sich als Gläubiger oder dessen Bevollmächtigten geriert. Mehrere Stellen besagen deutlich, dass der falsus procurator ein furtum begehe, z. B. l. 44 pr.: si iussu debitoris ab alio falsus procurator creditoris accepit, debitori iste tenetur furti et nummi debitoris erunt. L. 66, § 3 h. t.: Julianus respondit eum, qui pecuniis exigendis praepositus est, si manumissus exigat, furto teneri. Quod ei consequens est dicere et in tutore, cui post pubertatem solutum est. Mit Recht beschränkt dies Neratius l. 43, § 1 i. f. dahin: si hac mente ei dederit nummos debitor, ut eos creditori perferret, procurator autem eos intercipiat; nam et manent nummi debitoris, cum procurator eos non eius nomine accepit, cuius eos debitor fieri vult, et invito domino eos contrectando furtum facit sine dubio; dann aber, si ita det debitor, ut nummi procuratoris fiant, liegt kein furtum vor: „voluntate domini eos accipiendo“.

3. Ein weiteres Thatbestandsmerkmal des Begriffes „furtum“ besteht in dem animus lucri faciendi, das heisst der in der Person des Handelnden vorhandenen Bereicherungsabsicht. Dieser animus liegt aber nicht nur dann vor, wenn man bei Begehung des Delikts die Absicht hat, die Sache für sich zu behalten, was thatsächlich meistens der Fall sein wird, sondern auch, wenn man die Sache entwendet, um sie einem andern zu schenken; denn man wird ja auch dann bereichert, wenn man, statt eine Sache aus dem eigenen Herrschaftsverhältnis zu ent-

fernen, einem andern die Möglichkeit der Disposition über eine ihm gehörige Sache nimmt. L. 54, § 1 de furt.: Species lucri est, ex alieno largiri, et beneficii debitorem sibi acquirere, unde et is furti tenetur, qui ideo rem amovet, ut eam alii donet. Die gewinnsüchtige Absicht fehlt dann, wenn das Motiv der unerlaubten Handlung Befriedigung sonstiger Impulse ist, z. B. wenn man sich an einer Sache vergreift, um einem andern Schaden oder Injurie zuzufügen, oder zur Befriedigung einer Leidenschaft, der nicht der animus lucri faciendi zu eigen ist.

L. 41, § 1 dig. ad leg. Aquil. 9, 2; l. 22 pr., l. 53 pr. dig. de furt. — Wirkliche Erreichung der beabsichtigten Vorteile ist nicht erforderlich; auch derjenige begeht ein furtum, welcher die entwendete Sache unmittelbar nach der contrectatio durch casus oder vis maior verliert, da dieser Umstand den Charakter der begangenen Handlung nicht zu ändern vermag. Es ist bestritten, wie das Objekt des animus lucri faciendi beschaffen sein müsse; die einen verlangen nur, dass der fur irgend etwas lucrieren wolle, die andern, z. B. de Retes, Dollmann, Birnbaum, ziehen nur dasjenige lucrum in Betracht,[1]) dessen Inhalt die res ipsa oder die possessio oder der usus bildet.

Lib. 60, tit. 12, § 1 Basilic. definiert also:

κλοπὴ γάρ ἐστιν ἀπαιτηλὴ τοῦ πράγματος ψηλάφησις ἐπὶ τὸ κερδάναι αὐτὸ ἢ τὴν χρῆσιν ἢ τὴν νομὴν αὐτοῦ. Da auch die oben angeführte Definition des Paulus ganz ähnlich lautet, so verdient die Dollmann'sche Ansicht den Vorzug der Glaubwürdigkeit und Richtigkeit. Conf. Berner, Lehrb. des Strafr. 2. Aufl. § 159, S. 305.

Je nach den verschiedenen Richtungen nun, in welchen sich die Bereicherungsabsicht zu äussern pflegt, hat man ein furtum rei, possessionis und usus im concreten Falle

---

[1]) Birnbaum, neues Arch. des Crim.-R., Bd. 13, 1833, p. 420, Anm. 101; Niegisch, de usuc. rer. furtiv. p. 27.

als gegeben erachtet, und scheint es angemessen, auf diese verschiedenen Erscheinungsformen des furtum etwas näher einzugehen.

Der Begriff des furtum rei ist bedeutend weiter als der des Diebstahls im modernen strafrechtlichen Sinne d. h die wissentlich widerrechtliche Wegnahme einer fremden, beweglichen Sache aus fremdem Gewahrsam in Aneignungsabsicht. Ausser dem Diebstahl gehören hierher die widerrechtliche Aneignung gefundener Sachen, l. 9, § 8, l. 31, § 1, l. 44 D. de acq. rer. dom., die Unterschlagung d. h. die widerrechtliche Aneignung von Sachen, die sich bereits in Detention des Thäters befanden, l. 77 pr. de furt. l. 29 pr. D. dep. 16, 3; l. 3, § 18 dig. de poss. 41, 2 u. a. Auch diejenigen begehen ein furtum im Sinne des römischen Rechts, welche eine Sache in bewusst rechtswidriger Weise veräussern, mögen es nun fremde Sachen sein, I. de usuc. 2, 6; l. 78 dig. de sol. 46, 3 oder mag eine Veräusserung speciell verpfändeter Sachen seitens des Eigentümers vorliegen. L. 19, § 6 D. 47, 2: furtum rei pigneratae dominus non tantum tunc facere videtur, cum possidenti sive tenenti creditori aufert, verum et si eo tempore abstulerit, quo non possidebat, ut puta, si rem pigneratam vendidit: nam et hic furtum eum facere constat.

Schliesslich macht sich auch derjenige eines furtum schuldig, welcher wissentlich ein Indebitum annimmt. L. 18 dig. 13, 1: Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit . . . . l. 43 pr. de furt.: falsus creditor, hoc est is, qui se simulat creditorem, si quid acceperit furtum facit, nec nummi eius fient.

Im einzelnen bestehen hinsichtlich dieser letzten Unterart des furtum rei mehrfache Streitfragen, die wenigstens kurze Erwähnung finden sollen. Schulting, thes. controv. dec. XVI, thes. 5, glaubt, dass Zahlung eines indebitum nur dann ein furtum enthalte, wenn der Zahlende durch besondere Vorspiegelungen des Empfängers be-

stimmt sei; Höpfner, Comm. § 953 hält Mahnung des angeblichen Gläubigers für erforderlich; Franke, Beiträge Nr. 4, suchte eine andere Einschränkung zu begründen, indem er nur denjenigen Empfänger eines indebitum für einen Dieb erklärt, welcher wissend, dass nicht er, sondern ein anderer der wahre Gläubiger sei, die diesem andern bestimmte Zahlung annehme, indem er sich fälschlicherweise für die Person des wirklichen Gläubigers ausgebe.[1])

Was die zweite Kategorie der unter den Begriff des furtum fallenden Handlungen betrifft, die man als furtum possessionis zu bezeichnen pflegt, so können wir nicht umhin, an dieser Stelle darauf einzugehen, was man denn eigentlich unter furtum possessionis zu verstehen habe, eine Frage, die schon so eingehend erörtert ist, dass kaum noch ein neuer Gedanke angeführt werden kann, gleichwohl aber nochmals besprochen werden muss, weil die Art ihrer Behandlung resp. Beantwortung für den weitern Verlauf der Bearbeitung des Thema von höchster Wichtigkeit ist.

Nach allgemein herrschender Ansicht liegt furtum possessionis dann vor, wenn der Eigentümer dem Pfandgläubiger, Usufructuar, gutgläubigen Besitzer oder kraft Retentionsrecht befugten Detentor die Sache wegnimmt, l. 15, § 2; l. 20, § 1; l. 53, § 4; l. 59 D. 47, 2, während einige unter furtum possessionis die Unterschlagung verstehen, z. B. Marezoll[2]) und Buchholtz.[3]) Das furtum possessionis, im Sinne der herrschenden Meinung, deckt sich grösstenteils mit dem furtum suae rei, nur ist letzterer Begriff umfangreicher, da er ausser den als furtum possessionis vorher bezeichneten Fällen, auch dann gegeben ist, wenn es sich nicht um Besitzentziehung handelt, z. B. wenn der

[1]) Conf. Vangerow a. a. O., Glück XIII, S. 74 ff.

[2]) Arch. f. civ. Pr. VIII, S. 284 ff.

[3]) Jurist. Abhdlg. Königsberg 1833, Nr. 26, p. 338 ff.

Eigentümer die durch Vertrag verpfändete, bei ihm befindliche Sache veräussert, l. 66 pr.; l. 19, § 6 D. h. t. und auch dann, wenn der Thatbestand des Delictes mehr umfasst als Entziehung des Besitzes und der aus ihm entstandenen Vorteile, z. B. wenn der Proprietar dem Pächter oder Usufructuar die Früchte der Sache entwendet.[1], — Marezoll sowie diejenigen, welche sich ihm anschliessen, berufen sich auf Theophilus ad § 1 I. de obl. quae ex delicto 4, 1: *περὶ νομὴν δὲ, ὅτε τὸ δοθὲν ἐπὶ τῷ νέμεσθαι ὡς ἐνέχυρον ἢ ὡς δεπόσιτον νέμομαι ὡς δεσπότης.* — Wenn nun auch Theophilus — was sich nicht leugnen lässt — an dieser Stelle sagt, dass furtum possessionis dann vorliege, wenn jemand eine ihm als Pfand oder Depositum in Besitz gegebene, fremde Sache als Eigentum besitzt, so kann dies gleichwohl nicht als richtig gelten, da einmal die Ansicht des Theophilus schwerlich durch irgend welche Quellenstellen als richtig bewiesen werden kann, was doch gewiss notwendig wäre, dann aber auch aus rein sachlichen Gründen als unhaltbar erscheint. Ist etwa nicht das Objekt der Unterschlagung in gleicher Weise wie das des Diebstahls eine fremde, bewegliche Sache? Sind nicht Zweck und Erfolg der strafbaren Handlung hier wie dort die gleichen? Ich kann nicht verstehen, wie Marezoll es unnatürlich findet, wenn man von demjenigen, welcher sich eines Furtums an der bereits in seiner Gewahrsam befindlichen Sache schuldig macht, sagt, er begehe ein Furtum an der Sache selbst; denn der animus des Unterschlagenden ist nicht sowohl auf Bereicherung durch den Besitz der Sache gerichtet als vielmehr auf die Sache selbst. Hingegen bilden in den Fällen, welche die herrschende Lehre als furtum possessionis betrachtet, die Besitzesvorteile den eigentlichen Gegenstand des furtum, nicht jedoch die Sache selbst,

[1]) Wächter a. a. O. p. 364.

die doch bereits im Eigentum des Entwendenden gewesen ist, ehe er das furtum beging.

Buchholtz und Marezoll ist es nicht gelungen darzuthun, dass dann, wenn nichts als die possessio durch das furtum entzogen wird, kein furtum possessionis vorliege; denn wenn auch in den Fällen des furtum possessionis die Quellen vielfach von einem furtum suae rei sprechen und dieser Umstand sogar zu der Annahme berechtigen würde, dass hierunter ein furtum rei ipsius zu verstehen sei, so kann dieses nichts beweisen, da ja auch im Falle der Unterschlagung von einem furtum rei ipsius gesprochen wird: l. 71 pr. h. t.: Si is cui commodata res erat, furtum *ipsius* admisit . . . .

Wenn man gegen Buchholtz anführt, dass er immer von der unbewiesenen Behauptung ausgehe, dass furtum possessionis überhaupt ein technischer Ausdruck gewesen sei, während doch die römischen Rechtsquellen von demjenigen, welcher ein furtum possessionis begehe, sagen: suae rei furtum facit, „Gaius III 201“ oder furtum rei pigneratae facit, conf. l. 19, § 6 h. t. und l. 20, § 1 h. t., so ist ja allerdings richtig, dass nicht bewiesen ist, dass der Ausdruck furtum possessionis ein technischer Ausdruck der römischen Jurisprudenz war, doch scheint mir dieser Umstand nicht so wichtig, dass man hieraus Buchholtz einen besondern Vorwurf machen könnte, denn einmal folgt daraus, dass die Quellen von einem furtum suae rei sprechen, doch nicht, dass der Ausdruck furtum possessionis auf diese Fälle von den römischen Juristen nicht angewendet worden wäre; warum sollten sie nicht das, was zu gleicher Zeit furtum suae rei und furtum possessionis ist, in den uns überlieferten Beispielen gerade zufällig als furtum suae rei bezeichnet haben! Dann aber liegt es nahe auf Grund der oben erwähnten Quellen-Definitionen des furtum, wo zwischen lucri faciendi rei, possessionis und usus unterschieden wird, zu glauben,

dass man in bewusster Weise ein furtum rei von einem furtum possessionis und usus habe sondern wollen; zudem vergleiche man l. 1, § 15 Dig. 47, 4: Scaevola ait possessionis furtum fieri.

Bedeutend geringere Schwierigkeit bietet die Definition des furtum usus. Dasselbe besteht in unbefugter Anmassung eines Gebrauchsrechtes oder in Ueberschreitung eines an sich zustehenden Gebrauchsrechtes. Es kann gegen den Niessbraucher und gegen den Eigentümer [1]) begangen werden; gegen den Niessbraucher kann immer nur ein furtum usus begangen werden; l. 46, § 1 de furt.: si servus fructuarius subreptus est, uterque, et qui fruebatur et dominus, actionem furti habet. dividetur igitur actio inter dominum et fructuarium: fructuarius aget de fructibus vel quanti interfuit eius furtum non factum esse eius, dupli . . . .

Beispiele eines furtum usus sind der Depositar oder Faustpfandgläubiger, welche die deponierte resp. verpfändete Sache gebrauchen; der Commodatar, welcher bei Ausübung des Commodats die ihm vertragsmässig vorbezeichneten Grenzen überschreitet: l. 54, § 1 D. h. t: . . . . ex quo satis apparet, furtum fieri et si quis usum alienae rei in suum lucrum convertat.

4. Ein wesentliches Merkmal in dem Begriffe der Entwendung ist endlich, dass die Verletzung eines Rechts stattfinde. Dieses Recht muss ein dingliches Recht sein, der wichtigste Fall ist die Verletzung des Eigentums, allein keineswegs der einzige; denn ebensowohl kann gegen den bonae fidei possessor, l. 12, § 1, l. 14, § 5, 7; l. 46, § 4 D. 47, 2, Pfandgläubiger, l. 12, § 2, Usufructuar und Usuar l. 46, § 1 cod. ein Furtum begangen werden. [2])

[1]) Gaius III 196, § 6 I. 4, 1; l. 40; l. 67, § 5; l. 76 pr. D. h. t.; l. 5, § 8 D. commod. 13, 6 u. a.

[2]) Dollmann, p. 4, 5. Wächter, Art. Diebstahl, Weiskes Rechtslexicon p. 356 ff.

Wenn man vereinzelt die Behauptung findet, durch das furtum müsse das dominium oder die possessio verletzt werden, so ist dies nur dem Umstande zuzuschreiben, dass man die Bedeutung zweier Quellenstellen überschätzt hat, und ohne Rücksicht auf die vielen Stellen, welche uns das Gegenteil beweisen, hieraus eine allgemein gültige Regel construiert hat.

L. 80, § 7 D. h. t. non nascitur ei furti actio . . . . cum Titii nummorum dominium non fuerit neque possessio; l. 17, § 5 D. de praescr. verb. 19, 5: quem ad modum enim rei nomine, cuius neque possessionem neque dominium victor habuit, aget furti?

Unmöglich wäre ja auch nicht, dass man wirklich im Zeitalter der vorclassischen Jurisprudenz verlangt hätte, dass durch jegliches furtum das dominium oder die possessio verletzt würde. Zweifellos war dieses aber nicht der Standpunkt des justinianischen Rechts, da ja dem dinglich Berechtigten, der überhaupt nicht besitzt, entwendet werden kann.

L. 19, § 6 dig. 47, 2: furtum autem rei pigneratae dominus non tantum tunc facere videtur, cum possidenti sive tenenti creditori aufert, verum et si eo tempore abstulerit, quo non possidebat, ut puta si rem pigneratam vendidit: nam et hic furtum eum facere constat. et ita et Julianus scripsit.

L. 66 pr. h. t.: si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam, quamvis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori, sive speciali pactione tantum obligaverat. Idque et Julianus putat.

Anderseits kennt das römische Recht auch Fälle, in welchen die possessio Voraussetzung für die Möglichkeit des furtum ist, z. B. wird keine Entwendung begangen, wenn aus einer noch nicht in Besitz genommenen, wenn auch bereits angetretenen Erbschaft etwas entwendet wird, sofern nicht jemand die Sache mit Willen des Erblassers gehabt hatte.

L. 6, § 6 dig. expil. her. 47, 19: si rem hereditariam, ignorans in ea causa esse, subripuisti, furtum te facere respondit (Neratius). Paulus: rei hereditariae furtum non fit, sicut nec eius, quae sine domino est, et nil mutat opinio subripientis. L. 2, § 1 ibid. Apparet autem expilatae hereditatis crimen eo casu intendi posse, quo casu furti agi non potest; scilicet ante aditam hereditatem vel post aditam, antequam res ab herede possessae sunt: nam in hoc casu furti actionem non competere palam est.

L. 68 dig. 47, 2: hereditariae rei furtum fieri Julianus negabat, nisi forte pignori dederat defunctus aut commodaverat.

Der Grund für diese Besonderheit beruht aber nicht nur auf der mangelnden possessio, vielmehr hängt er vielleicht in noch höherm Grade mit dem altrömischen Institut der usucapio pro herede zusammen, welche auch bei Unredlichkeit des Besitzes statt hatte.[1])

Heute ist man fast allgemein der Ansicht, dass durch das furtum „ein dingliches oder unmittelbares Rechtsverhältnis zur Sache“ [2]) verletzt werden müsse: nicht hingegen genügt die Verletzung eines obligatorischen Anspruchs, z. B. kann demjenigen, der eine Sache gekauft oder sich stipulationsweise hat versprechen lassen, ohne ein Recht an der Sache erlangt zu haben, nichts durch furtum entzogen werden. Conf. l. 17, § 5 de praescr. verb. 19, 5 cit.

L. 85 dig. h. t. i. f: item is, cui ex stipulatu vel ex testamento servus debetur, quamvis intersit eius, non habet furti actionem.

Haben freilich die nur persönlich Berechtigten die Detention der Sache, so ist die Entscheidung zweifelhaft.

[1]) Dollmann p. 47 ff. Wächter, Lehrb. des Röm. T. Strafr. 1826, Bd. 2, S. 331.

[2]) Dollmann, Entwend. p. 4.

Am richtigsten ist es hier zu unterscheiden,[1]) ob der Eigentümer der fur ist oder ein Nichteigentümer. Im ersteren Falle ist eine Entwendung gegen den Detentor dann möglich, wenn er ein Retentionsrecht an der Sache hat[2]) oder ein selbständiges Recht auf dieselbe. Entwendet dagegen ein Nichteigentümer, so haben diejenigen Detentoren, welche dem Eigentümer für die Sache verantwortlich sind, z. B. Mieter, Commodatar, die actio furti als eine aus dem Recht des dominus abgeleitete Klage; es müsste denn der Grund ihrer Verantwortlichkeit ihre mala fides sein! L. 14, § 10—17 dig. 47, 2 und Gaius III, 205, 206, conf. Unterholzner Bd. 1, S. 203. So lange die Klage dem das periculum tragenden Detentor zusteht, ist freilich der dominus an der Geltendmachung derselben gehindert, doch fällt sie wieder an ihn zurück — und dies beweist zur Genüge, dass die Klage eine abgeleitete ist — wenn der Detentor in Zahlungsunfähigkeit gerät: l. 12 pr. h. t.: itaque fullo, qui curanda poliendave vestimenta accepit, semper agit: praestare enim custodiam debet. si autem solvendo non est, ad dominum actio redit: nam qui non habet, quod perdat, eius periculo nihil est.

Dass auch gegen den malae fidei possessor ein furtum statthaben könne, halte ich für durchaus unwahrscheinlich und dürfte auch nur selten behauptet werden. L. 12, § 1 D. h. t. spricht ganz klar gegen eine solche Möglichkeit: Ulpianus. furti actio malae fidei possessori non datur, quamvis interest eius rem non subripi, quippe cum res periculo eius sit: sed nemo improbitate sua consequitur actionem et ideo *soli bonae fidei possessori, non etiam malae fidei possessori* furti actio datur. S. l. 14, § 4 eod.; l. 71, § 1 eod.

---

[1]) Wächter a. a. O. p. 356.

[2]) L. 15, § 2 de furt.: ego si ob. usw.

Zwar lässt sich nicht leugnen, dass derselbe Ulpian an einer andern Stelle dem fur eine actio furti giebt: l. 18, § 4: „si ego tibi poliendum vestimentum locavero, tu vero inscio aut invito me commodaveris Titio et Titio furtum factum sit: et tibi competit furti actio, quia custodia rei ad te pertinet, et mihi adversus te, quia non debueras rem commodare et id faciendo furtum admiseris: ita erit casus, quo fur furti agere possit.“ allein ich glaube nicht, dass hierdurch die in der vorher erwähnten Stelle enthaltene Regel umgestossen werden könnte; denn einmal bezieht sich l. 48 cit. nur auf das furtum usus, dann aber wird hier dem fur die actio furti wohl aus dem besondern Grunde gegeben, dass er dem dominus die Rückerlangung seiner Sache erleichtere; jedenfalls aber weicht der Jurist aus einem ganz bestimmten Grunde von dem in l. 12, § 1 vertretenen Standpunkte ab und ist sich dieses Ausnahmefalles wohl bewusst, da er schliesst: ita erit casus, quo fur furti agere possit d. h. und dies ist ein Fall, wo — ausnahmsweise — einmal der fur eine furti actio haben soll!

Die Rechtsverletzung in dem vorher begrenzten Umfange ist unbedingtes Erfordernis des furtum: treten also Gründe ein, welche eine Rechtsverletzung unmöglich machen, so fällt auch der Begriff furtum hinweg, z. B. wenn der Berechtigte der contrectatio zustimmt, ohne dass derjenige, welcher sie begeht, hiervon weiss. Gaius III 198, l. 46, § 8; l. 48, § 2 D. de furt 47, 2 oder die Sache derelinquiert ist, l. 43, § 5. D. h. t; hierher gehört auch die Unmöglichkeit eines furtum an denjenigen Sachen, welche in niemandes Eigentum stehen, z. B. piscium in stagno vel ferarum, quae in silvis circumseptis vagantur. L. 3, § 14 dig. de poss. 41, 2.

Von besonderm Interesse ist eine unter den bedeutendsten römischen Juristen bestehende Controverse, die sich auf den Fall bezieht, wenn jemand, ohne in das

Begehen des furtum einzuwilligen, die Wegnahme seiner Sache nicht verhindert, wiewohl dieses in seiner Macht gestanden hätte. Labeo und Gaius verneinen unter dieser Voraussetzung das furtum, Paulus bejaht das Vorliegen desselben und dieser Ansicht schloss sich auch Justinian an. L. 20, § 6, 2; § 8 inst. 4, 1 . . . . per nostram decisionem sanximus non solum furti actionem, sed etiam servi corrupti dari.

IV. Wird jede Sache, an der ein furtum begangen worden ist, hierdurch furtiv?

Auf Grund der bisherigen Ausführungen ist nun festzustellen, ob jede Sache, an der ein furtum begangen worden ist, hierdurch furtiv und somit unusucapierbar werde. Wir müssen hier unterscheiden, ob es sich um ein furtum rei, possessionis oder usus handele.

Dass durch das furtum rei die Sache furtiv wird, ist klar und bedarf keiner weitern Erörterung. Schwieriger schon ist eine andere Frage, die notwendig an dieser Stelle zu berühren ist: ob die Furtivität der Sache sich auch auf ihre Erzeugnisse fortpflanze. Das Nächstliegende wäre freilich dies zu bejahen, allein die besondere Begabung der Römer für juristische Feinheiten, die dem oberflächlichen Beobachter den Eindruck erwecken könnte, als beliebte sie es, sich selbstgefällig in juristischen Spitzfindigkeiten zu bewegen, konnte dahin führen, dort, wo keine Schwierigkeit zu schauen, eine solche zu entdecken und demgemäss die Entscheidung zu treffen.

Nach römischem Recht sind die Erzeugnisse einer gestohlenen Sache an sich nicht der Usucapion entzogen, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen L. 4, § 19; l. 10, § 2; l. 33 pr. de usurp. 41, 3; l. 26 de V. O.

Die Eigenschaft der Entwendung pflanzt sich nicht von selbst von dem erzeugenden Subject auf das erzeugte Object fort.[1])

Als allgemeine Regel gilt, dass die Furtivität der Erzeugnisse abhängig ist von dem Glauben des Percipienten; ist derselbe in bona fide, so gelten sie nicht als furtiv, wohl dagegen bei mala fides des Percipienten. Namentlich dann also sind die Erzeugnisse einer res furtiva selbst furtiv, wenn der fur die Perception vornimmt. L. 4, § 19 de usurp.: Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonae fidei possessorem contra: quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emptoris fit. . . . .

Eine wichtige Ausnahme finden wir bei den Sklavenkindern und Tierjungen, da diese schon im Mutterleibe mit dem vitium furti behaftet sein können, und dann als furtiv gelten, wenn sie nur bei dem fur concipiert sind, gleichgültig ob sie bei dem fur selbst oder einem bonae fidei possessor zur Welt kommen; um so mehr werden das Sklavenkind und Tierjunge dann als furtiv zu betrachten sein, wenn die Sklavin bereits in dem Augenblicke der Entwendung schwanger, die Kuh trächtig war: denn damals bildete die Frucht einen Teil des mütterlichen Körpers l. 1, § 1 D. 25, 4: partus enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum" und das furtum erstreckte sich ebensowohl auf die Mutter, als das zukünftige Lebewesen, woran das spätere Selbständigwerden doch nichts ändern kann. Angesichts dieser, ich möchte fast behaupten, unbestreitbaren Thatsachen, ist es auffallend, wenn Altamiranus[2]) die Unersitzbarkeit des Kindes der während ihrer Schwangerschaft gestohlenen Sklavin da-

[1]) van der Kessel, diss. de usuc. partus et foetus rei furt. thes. dissert. iurid. I, 2 No. 15.)

[2]) Ad Quaest. Scaev. tract. XI. Meerm. thes. tom. II, p. 506 ff.

durch zu rechtfertigen sucht, dass *odio* furum auch hier der Satz Anwendung finde „nasciturus habetur pro iam nato“; freilich ist zu berücksichtigen, dass Altamiranus diese Bemerkungen im Anschluss an l. 10, § 2 D. 41, 3 macht, eine der viel umstrittensten und gleichwohl noch immer nicht klargelegten Stellen.

Zum Beweise des vorher gesagten, dient l. 48, § 5 D. 47, 2: Ancilla, si sub ripiatur praegnans, vel apud furem concepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur, sive apud bonae fidei possessorem: sed in hoc posteriore casu furti actio cessat, sed si concepit apud bonae fidei possessorem ibique pepererit, eveniet ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. Idem et in pecudibus servandum est, et in fetu earum, quod in partu.

Auf Grund des folgenden Paragraphen, § 6: „Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emtorem pertinebunt; merito, quia in fructu sunt, at partus ancillae non numeratur in fructu“ ist vielfach behauptet worden, man müsse bezüglich der Frage nach der Furtivität einen Unterschied zwischen dem Tierjungen und dem Sklavenkinde machen. Diese Ansicht finden wir bei Cuiacius, Donellus,[1]) Altamiranus.[2]) Neuerdings hat man dieselbe jedoch fast allgemein fallen lassen[3]) und zwar mit Recht. Es ist nicht glaubwürdig, dass Ulpian beabsichtigt habe, diesen Unterschied zu machen, da er ja dann seinen eigenen Worten des vorhergehenden Paragraphen „idem et in pecudibus servandum est et in fructu earum quod in partu“ widersprechen würde, vielmehr wollte derselbe nur darauf hinweisen, dass es bei den Tierjungen, wie überhaupt allen Früchten seitens des bonae fidei possessor einer Ersitzung nicht bedürfe, da dieselben ihm mit der

---

[1]) Comment. de iur. civ. V 20, § 3.
[2]) Altamiranus a. a. O. p. 506 No. 4.
[3]) Schirmer p. 131, 139. Unterholzner § 67.

Trennung von der Muttersache zufallen. (Schirmer): ein Satz, der in den Quellen mehrfach ausgesprochen ist. L. 4, § 19 D. de usurp. 41, 3; l. 28 D. de usurp. 22, 1 u. a.

Ob das Sklavenkind und die Tierjungen auch dann furtiv sind, wenn die Sklavin oder das Muttertier bei dem Erben des Entwenders concipiert haben, ist ebenfalls bestritten. Praktische Wichtigkeit hat die ganze Frage nicht, da bezüglich des partus ancillae feststeht, dass die Ersitzung unter dieser Voraussetzung unzulässig ist, „l. 4, § 15 dig. de usurp. 41, 3: heres, qui in ius defuncti succedit, licet apud eum ignorantem ancillam furtivam esse conceperit ea et pepererit, non tamen usucapiet" und die Ausdehnung auf das Tierjunge sehr nahe liegt. Der innere Grund für die Entscheidung der l. 4, § 15 dürfte wohl auf der Fiction des römischen Rechts beruhen, dass der Erblasser und der Erbe eine Person bilden und daher in der Person des Erben überhaupt kein neuer Besitz begründet wird. Gestützt auf l. 10, § 2 D. 41, 3 leugnen die meisten Schriftsteller[1]) in unserm Falle die Furtivität. Diese Stelle lautet also: (Ulpianus) Scaevola libro XI quaestionum scribit, Marcellum existimasse si bos apud furem concepit vel apud furis heredem, pariatque apud furis heredem, usucapi ab herede distractum inveneum non posse, sic inquit, quemadmodum nec ancillae partus. Scaevola autem scribit, se putare usucapere posse et partum; nec enim esse partum rei furtivae partem. Ceterum si esset pars, nec si apud bonae fidei emtorem peperisset, usucapi poterat.

Marcellus ist der Ansicht, dass das beim Erben des fur concipierte Tierjunge nicht ersessen werden könne, und dass dieser Grundsatz in gleicher Weise bei dem Tierjungen Geltung habe wie bei dem partus ancillae.

[1]) Branchu, obss cap. 19, p. 192; Vangerow I 317, 7 B. 4; Unterholzner I, § 67.

Scaevola erwiedert hierauf: Dies ist nicht richtig, dieses wäre nur dann richtig, wenn das Junge ein Teil der res furtiva wäre. Dieses ist aber das Junge im Mutterleib nicht, denn sonst könnte es auch nicht ersessen werden, wenn es beim bonae fidei possessor geboren würde.

Trotzdem, wie schon bemerkt, heute die meisten Theoretiker auf Scaevolas Seite stehen, ist es mir nicht gelungen, mich von der Richtigkeit ihrer Anschauung zu überzeugen. Ich glaube vielmehr, dass Marcellus das bei dem Erben des fur concipierte Kalb und Sklavenkind mit Recht für furtiv hält; denn die Behauptung Scaevolas partum non esse partem rei furtivae ist doch im Hinblick auf die bereits citierte l. 1, § 1 D. 25, 4, mindestens kühn, dann aber scheint Scaevola, soweit man dies nach dem ganzen Zusammenhange übersehen kann, der Ansicht zu sein, dass der bei dem fur concipierte, jedoch bei dem bonae fidei possessor zur Welt gekommene partus usucapionsfähig sei, sonst hätte er sich genauer ausgedrückt, also überhaupt in dieser Materie ganz besondere Ansichten gehabt zu haben, sodass man sich durch ihn nicht darf beeinflussen lassen. Wenn Unterholzner gegen die Furtivität anführt, dass der heres doch nicht den animus furandi habe, so mag dieses freilich für die Mehrzahl der Fälle stimmen, gleichwohl müsste dies doch im einzelnen Falle erst bewiesen werden, da das Gegenteil wohl denkbar ist.

Es ist nunmehr zu untersuchen, ob auch durch das furtum possessionis die betreffende Sache furtiv werde. — Schon an und für sich scheint es mit dem Wesen und Zweck des Usucapionsverbotes der res furtivae unvereinbar in dem furtum possessionis ein Hindernis der Ersitzung zu erblicken. Das Usucapionsverbot der res furtivae bedeutet, dass das Recht eine das Eigentum des andern nicht achtende Handlung, eine unerlaubte,

strafbare Störung des bestehenden Vermögensverkehrs nicht begünstigen darf und will; thäte es dies, dann würde das aus practisch nützlichen und den Interessen der Gesamtheit förderlichen Rücksichten geschaffene Institut der Ersitzung seinen Zweck verfehlen. Dort aber, wo niemand ein Delict gegen das Eigentum verübte, können auch dessen Wirkungen nicht eintreten. Wenn auch der dominus den Besitz der Sache durch seine Eigenmacht erlangt, so kann diese mit der Eigenmacht des Diebes in keiner Weise verglichen werden, zudem stützt sich die weitere Verfügung über die Sache nicht sowohl auf dies Delict, als das dem dominus schon vor Begehung desselben zustehende Recht. — Neben diesen allgemeinen Erwägungen, die schon als hinlänglich beweisend dafür betrachtet werden könnten, dass das furtum possessionis Furtivität der davon betroffenen Sache nicht bewirken könne, ist zu erwähnen, dass auch ausdrücklich an mehrern Stellen betont wird, dass durch das furtum possessionis kein Usucapionshindernis entstehe; ferner dass die Sache usucapionsfähig wird, wenn sie in die potestas des Eigentümers zurückkehrt und dass bei dem furtum possessionis der Augenblick des furtum und der reversio in potestatem domini zusammenfallen.[1])

Diejenigen Fragmente, welche besagen, dass ungeachtet des furtum possessionis Usucapion stattfinde, lauten:

Paulus l. 20, § 1 de furtis:

Si bona fide rem meam emeris, eamque ego sub ripuero, vel etiam tuus usus fructus sit, et eam contrectavero, tenebor tibi furti actione, etiamsi dominus rei sum. Sed his casibus usucapio quasi furtivae rei non impedictur, quoniam et si alius subripiat et in meam potestatem reversa res fuerit, usucapietur.

[1]) Windscheid § 182 Anm. 6.; Schirmer S. 166 ff. Vangerow § 517, B, 4a.

Paul. l 4, § 21 de usurp. 41, 3: si rem pignori datam debitor subripuerit et vendiderit, usucapi eam posse Cassius scribit, quia in potestatem domini videtur pervenisse, qui pignori dederit, quamvis, cum eo furti agi potest: quod puto rectius dici.

Modestin. l 5 pro emt. 41, 4: si rem, quam tibi pignoravi, subripuero eamque distraxero, de usucapione dubitatum est et verius est, utiliter cedere tempora usucapionis.

Auf die scheinbar entgegengesetzten Quellenstellen wird unten eingegangen werden.

Die vorgenannten Fragmente machen höchst wahrscheinlich, dass das furtum possessionis keinen Einfluss auf die Ersitzung habe, allein strikten Beweis liefern sie nicht. Wenn sie sagen, beim furtum possessionis werde die Möglichkeit der Usucapion durch das reverti in potestatem domini begründet, so möchte man hierin einen Hinweis darauf erblicken können, dass dieses furtum wirklich, wenn auch nur einen Augenblick, ein Hindernis der Ersitzung gebildet habe; ausserdem, selbst wenn man hieran keinen Anstoss nehmen will, sagt ja die letzterwähnte lex „de usucapione dubitatum est", also, dass die römischen Juristen selbst nicht alle über die Folgen des furtum possessionis im Klaren waren. Schirmer, Grundidee p. 174 sucht den ersten Einwand dadurch zu beseitigen, dass er den Thatbestand des furtum possessionis in eine Wegnahme des Gegenstandes und dessen Aneignung zergliedert, und will bei der Wegnahme als Vorbedingung der Aneignung von einer Person ganz abstrahieren, weil sonst schon die diebische Zueignung der Sache mit berücksichtigt würde, so dass die erstere als eigenwilliges Herausreissen aus den einmal angeknüpften Vermögensbeziehungen erscheine, welche durch die nachfolgende Bemächtigung seitens des Herrn getilgt werde. Geistreich ist seine Erklärung jedenfalls, aber lässt sich überhaupt

die Wegnahme einer Sache denken, ohne dass eine Person dieselbe vornimmt? — praktisch ist die Situation ja überhaupt unmöglich. —

Allein diese Einwände können nicht dahin führen, die mit dem Wesen und Zweck der Acquisitivverjährung einerseits, dem Verbote der Ersitzung der res furtivae anderseits innerlich so enge verknüpften allgemeinen Erwägungen zu beeinflussen, welche mit Notwendigkeit dahin führen, dass durch das furtum possessionis Furtivität der Sache nicht bewirkt werde.

Diese allgemeinen Gedanken verdienen auch bei Bemessung der aus dem furtum usus entspringenden Folgen Rücksichtnahme. Bei dem furtum usus ist die gewinnsüchtige Absicht lediglich auf einen überhaupt verbotenen oder doch widerrechtlich ausgedehnten Gebrauch einer fremden Sache gerichtet. Da das Object der Entwendung nur die Nutzung der Sache, nicht die Sache selbst ist, dürfte es wohl einleuchten, dass durch das furtum usus die Sache nicht furtiv wird und daher kein Hindernis für ihre Ersitzung entsteht.[1] Auch hier werden ebenso wie bei dem furtum possessionis diejenigen Verhältnisse, in denen die Usucapion eine Veränderung bewirken könnte, in keiner Weise betroffen. Die lex 20. § 1 cit. h. t. besagt, dass dann, wenn der Eigentümer selbst das furtum usus begeht, der Usucapion nichts im Wege stände.

Schauen wir nun die Quellen darauf hin an, ob nur das furtum rei die Sache furtiv mache, so scheinen mehrere Stellen vorhanden zu sein, welche diese Behauptung, wenn auch nicht gerade als unrichtig erscheinen lassen, so doch mindestens geeignet zu sein scheinen, sie in Frage zu stellen. Es ist auf dieselben näher einzugehen.

---

[1]) Pagenstecher, Lehre vom Erwerb und Verlust des Eigentums, Heidelberg 1858, p. 268.

In l. 35 D. de usuc. 41, 3 heisst es: si homo cuius usus fructus legatus erat, ab herede numquam possessus, surreptus fuisset, quaesitum est, quia heres furti actionem non haberet, an usucapi posset. Sabinus respondit nullam eius rei usucapionem esse, cuius nomine furti agi posset; agere autem furti, qui frui deberet, posse. Quod sic accipiendum est, ut fructuarius poterit uti frui; aliter enim homo in causa non perduceretur; sed si utenti et fruenti abductus homo fuerat, non solum ipse, sed etiam heres furti agere poterit.[1])

Ein Sklave, dessen Usus fructus legiert ist, der aber vom Erben selbst nie besessen worden war, ist entwendet worden. Es frägt sich also, ob der Sklave furtiv ist, da der Erbe die actio furti nicht hat. Sabinus antwortet, die Sache sei furtiv, da ja, wenn auch nicht der Erbe, so doch der Usufructuar die actio furti habe, und die Zuständigkeit einer actio furti habe immer Usucapionsunfähigkeit zur Folge.

Wäre die Behauptung des Sabinus richtig, dass überall, wo die actio furti gegeben werde, die betreffende Sache unusucapierbar sei, so müsste jegliches furtum, gleichgiltig ob rei, possessionis oder usus Furtivität bewirken.

Sie ist aber nicht zutreffend; denn hinge die Furtivität von der Existenz der actio furti ab, so müsste da, wo die actio furti nicht gegeben wird, die Furtivität ausgeschlossen sein. Das Gegenteil beweist l. 17 pr. D. de furt. 47, 2: Servi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur . . . . Ehegatten, welche mit Rücksicht auf eine künftige Scheidung unter einander eine Entwendung begehen, gewährt das römische Recht keine actio furti, selbst nicht nach Trennung der Ehe, sondern während bestehender Ehe nur eine con-

[1]) Schirmer, S. 170 ff. Unterholzner I, 220.

dictio, l. 25 D. rer. amot. 25, 2, nach Auflösung derselben eine actio rerum amotarum, l. 7 D. rer. amot. 25, 2, gleichwohl wird das Delict als furtum bezeichnet l. 1; l. 21, § 6 D. 25, 2. Wie ist nun zu erklären, dass in unserem Falle die Ersitzung unmöglich ist, da doch gegen die hereditas iacens überhaupt kein furtum begangen werden kann, l. 1 § 15 D. 47, 4; l. 2 § 1; l. 6 D. expil. her. 47, 19, und das gegen den Usufructuar begangene furtum usus, wie früher behauptet wurde, Furtivität nicht bewirkt? Unterholzner gebührt das Verdienst diese Schwierigkeit in geistreicher Weise gelöst zu haben. Er glaubt, dass der Jurist nur deshalb die Ursucapion nicht stattfinden lassen will, weil die Absicht des fur auf die res ipsa gerichtet war und er an der Verwirklichung derselben nur dadurch gehindert worden ist, dass der Erbe den Besitz der Erbschaft noch nicht erworben hatte. — Unter diesen Umständen ist die Beweiskraft der l. 35 cit. sehr gering, jedenfalls kann sie nicht bewirken, die Richtigkeit der vorher geltend gemachten Ansicht, dass nur das furtum rei Furtivität und Usucapionsunfähigkeit hervorrufen könne, in Zweifel zu ziehen! Grössere Schwierigkeit bieten zwei andere Stellen, die man als Beweismittel dafür anzuführen pflegt, dass durch das furtum possessionis Furtivität der Sache, welche Gegenstand desselben ist, bewirkt werde:

L. 49 D. de usurp. 41, 3:

Labeo: si quid est surreptum, id usucapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit. Paulus: immo forsitan et contra: nam si id, quod mihi pignori dederis, subripueris, erit ea res furtiva facta: sed simul atque in meam potestatem venerit, usucapi poterit.

L. 6 Cod. de usuc. pro emt. 7, 26: cum sit probatum rem pignori fuisse obligatam et postea a debitore distractam, palam est non potuisse eam quasi furtivam usucapi.

In l. 49 scheint Paulus in Widerspruch mit seiner eigenen in l. 4, § 21 de usurp. und l. 20, § 1 de furt. geäusserten Ansicht zu behaupten, dass wenn der Verpfänder dem Pfandgläubiger eine als Faustpfand übergebene Sache wegnimmt, ein Usucapionshindernis entstehe. Allein, dass dies wirklich der Fall ist, ist höchst unwahrscheinlich, und wer dies behaupten wollte, würde gewiss mit Unrecht einem der hervorragendsten römischen Juristen einen Vorwurf machen, der vielleicht ausserdem noch als Zeichen eigener Bequemlichkeit ausgelegt werden könnte. Daher hat man sich denn auch von je her mit dieser Stelle und ihrer Erklärung befasst. Die bedeutendsten älteren Versuche rühren bereits von Cuiacius[1]) und Donellus[2]) her, den hervorragenden Vertretern der französischen Schule des sechszehnten Jahrhunderts. Donellus sagt, man müsse unterscheiden, ob der Debitor die Sache bloss dem Gläubiger entwendet habe, hierauf beziehe sich l. 49 cit., oder sie veräussert und dem Käufer tradiert habe. Habe der Debitor die Sache nur entwendet, so dass sie also noch in seinem Besitze verweile, so könne von einer reversio in potestatem nicht die Rede sein, da ja der Gläubiger zu jeder Zeit mit der hypothecaria in rem actio die Sache zurückfordern könne, habe er sie dagegen auch veräussert, so könne ihm der Besitz nicht mehr entzogen werden, da er denselben bereits auf einen andern übertragen habe, also sei die Sache in Wahrheit in seine Gewalt zurückgekehrt und könne also usucapiert werden. In ähnlicher Weise vollzieht sich der Gedankengang des Cuiacius, nur ist seine Beweisführung etwas weitschweifiger.

Wollte man aus dieser Konstruktion Konsequenzen ziehen, so käme man dahin, dass der dominus einer res

---

[1]) Observ. 24c—12.

[2]) Comment. iur. civ. lib. V. c. 28, § 9, 10.

furtiva dieselbe veräussern müsse, damit er sie wiedererlange. Dieses ist aber doch jedenfalls nicht die Ansicht des römischen Juristen gewesen; nur soviel ist richtig, dass das römische Recht die Uebertragung an einen Dritten als reversio in potestatem ansieht, l. 4, § 14 D. 41, 3, dieses ist auch durchaus logisch; denn in der Uebertragung an einen Dritten zeigt sich ja deutlich, dass man die Gewalt über die Sache erlangt hat. Von den vielfachen Erklärungen, welche diese Stelle veranlasst, scheint mir am richtigsten die Annahme, dass der Verpfänder nicht Eigentümer der Sache gewesen sei.[1] Unter dieser Voraussetzung wird allerdings die Sache furtiv, wenn der Verpfänder sie dem Pfandgläubiger entwendet, auch wird alsdann verständlich, warum den Worten des Paulus der als Regel feststehende Satz vorausgeschickt wird: si quid est subreptum, id usucapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit. Paulus ist der Ansicht, dass dieser Satz nicht ganz allgemein richtig ist „immo forsitan et contra", diese Regel fällt hinfort, wenn der Verpfänder eine fremde Sache verpfändet und dann später dem Gläubiger entwendet: in diesem Falle genügt zur purgatio vitii furti die Rückkehr in die Gewalt des Gläubigers. Also widerspricht l. 49 durchaus nicht den früher erwähnten Aussprüchen, bei denen ein verpfändender Eigentümer als fur gedacht wurde.

Mühlenbruch[2] nimmt an, Paulus hätte unter pignus Eigentumspfand verstanden, also pignus = fiducia cum creditore contracta, so dass also der Gläubiger in gleicher Weise Eigentümer geworden wäre wie bei der mancipatio fiduciae. Wäre dieses richtig, dann wäre die Bemerkung des Paulus überflüssig, da ja dann auch die purgatio vitii erst mit der reversio in potestatem domini stattfinden

[1] Unterholzner p. 239. Vangerow p. 668

[2] Lehrb. der Pand. 1836, t. II, § 261, Nr. 16.

würde, also Paulus dem Labeo gar nicht widerspräche. Dieses wollte er jedoch, wie die Worte „immo forsitan et contra“ deutlich beweisen. Schirmer S. 191 glaubt die l. 49 dahin interpretieren zu sollen, dass er sie auf das vom verpfändenden Eigentümer begangene Furtum an einer Hypothek, nicht an einem Faustpfand bezieht. Es würde schwer sein diese Ansicht zu widerlegen; denn die Ausdrücke surripuero und pignori dare widersprechen dieser Auffassung nicht; pignori dare wird ebensowohl von der Bestellung einer Hypothek wie eines Faustpfandes gesagt, z. B. l. 29, § 2 D. 20, 1: domus pignori data exusta est . . . ., allein mit demselben Rechte könnte man l. 4, § 21 cit. auf das furtum einer hypothekarisch verpfändeten Sache beziehen und dies würde dann dahin führen, dass Paulus in *diesem* Falle an der einen Stelle die Usucapion zugelassen, an der andern ausgeschlossen hätte.

Was die l. 6 Cod. betrifft, so finden auch hierüber sich mannigfache Auslegungen, es ist nicht möglich auf alle einzugehen, doch sollen wenigstens die hauptsächlichsten berücksichtigt werden. Pulvaeus glaubt im Anschluss an die Glosse, gl. ad. 6 C. cit. v. obligatam, der Verpfänder sei nicht Eigentümer gewesen, doch habe der Eigentümer zu der Verpfändung der Sache seine Einwilligung gegeben; ihm schliesst sich Unterholzner teilweise an. Das ist ja allerdings richtig, dass l. 6 keinerlei Hindeutung darauf enthält, ob der Debitor Eigentümer der verpfändeten Sache ist, aber daraus, dass nicht gesagt wird, dass er Eigentümer war, folgt doch noch nicht mit Notwendigkeit, dass er Nichteigentümer war, es ist ja auch möglich, dass der Kaiser diesen Umstand nicht hervorgehoben hat, weil er nicht bedacht hat, dass man auf den Gedanken kommen könne, der Verpfänder sei Nichteigentümer; anderseits enthält ja auch l. 5 D. pro emtore cit. keinen Hinweis darauf, ob der

Verpfänder Eigentümer oder Nichteigentümer sei, und doch wird dort die Usucapionsfähigkeit der Sache behauptet.

Pothier [1]) nimmt an, der Gläubiger habe dem Schuldner den Besitz des Pfandes miet- oder bittweise überlassen; dieses ist schon an sich unwahrscheinlich, da der Gläubiger im allgemeinen doch im Interesse seiner eigenen Sicherheit nicht solches Vertrauen gegen seinen Schuldner haben wird, dann aber enthält ja auch unsere Stelle kein Wort, welches hierauf schliessen lassen könnte. Eine andere Ansicht geht dahin, dass Paulus und Modestinus den Fall behandeln, wenn der Verpfänder eine zum Faustpfand gegebene Sache dem Gläubiger entwendet, während Philippus von dem durch Veräusserung einer mit einer Hypothek belasteten, beweglichen Sache begangenen Furtum handelt S. l. 66 pr. dig. de furt. Dieselbe findet jetzt vielfach Anerkennung [2]) und darf dieselbe auch wohl beanspruchen, weil sie als brauchbare Handhabe zur Erklärung der Usucapionsunfähigkeit erscheint. Da das furtum erst durch Weggabe aus dem eigenen Besitze entsteht, kann von einer reversio in potestatem und einer purgatio vitii furti nicht die Rede sein. Freilich nennt Arndts diesen Vereinigungsversuch eine mera subtilitas, [3]) d. h. eine Spitzfindigkeit, hinter der nichts steckt; doch wohl mit Unrecht; denn, wenn ja auch richtig ist, dass eine Pfandsache ebensowohl in die potestas des Eigentümers zurückgekehrt ist, wenn die Aneignung in der Form der Uebertragung an einen Dritten geschieht als wenn sie in seinen Besitz zurückgekehrt ist, l. 4, § 14 D. 4, 3 h. t., so kann diese Regel doch auf den hier vor-

[1]) Pand. Inst. h. t. Nr. XVIII. tom. 3, p. 736.

[2]) Mühlenbruch § 261 Anm. 14; Huschke, Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. XIV, p. 257. Retes ad leg. Atin. § 37; Meerm. thes. tom. VI, p. 486; Vangerow § 317, p. 667.

[3]) Arndts Pandecten 162 c.

liegenden Fall keine Anwendung finden, da der Verpfänder die Sache bis zu der durch Veräusserung geschehenden Entwendung in seinem Besitz gehalten hat, die Sache also seiner potestas überhaupt bisher in keiner Weise entzogen war.

L. 4, § 14: Idem dicendum est, si voluntate mea alii tradita sit, und l. 32 pr. eod. Si fur rem furtivam a domino emerit et pro tradita habuerit, desinet eam pro furtiva possidere et incipiet pro suo possidere.

Also war der Jurist berechtigt, die Sache als furtiv zu bezeichnen.[1])

V. Die purgatio vitii furti.

Da die vorhergehenden Erörterungen dahin führten, dass nur das furtum rei Furtivität der Sache bewirken könne, haben wir im Folgenden nur von der purgatio des durch das furtum rei hervorgerufenen Vitiums zu handeln. Zur Erklärung des Ausdruckes „purgatio“ ist vorauszuschicken, dass der Makel der Furtivität keineswegs unheilbar ist, er wird getilgt „purgatur“, wenn die res furtiva in die Gewalt des dominus zurückkehrt.

In der lex Atinia wird zwar nicht von der reversio in potestatem domini gesprochen, sondern von einer reversio in potestatem eius, cui res subrepta est, jedoch war der Sinn dieser Worte nach ausdrücklicher Bestimmung unserer Quellen gleichbedeutend mit reversio in potestatem domini.

L. 4, § 6 D. de usurp. 41, 3. Paulus: quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur, nisi in potestatem eius, cui subrepta est, revertatur, sic acceptum

---

[1]) Schirmer, p. 177 a. a. O.; Puchta, Pandecten § 158, k. abweichender Ansicht.

est, ut in domini potestatem debeat reverti, non in eius utique, cui subreptum est. igitur creditori subrepta et ei, cui commodata est. in potestatem domini redire debet.

Als Belegstellen, dass die Rückkehr in die Gewalt des dominus die purgatio rei furtivae bewirkt, dienen z. B. § 8 I. de usuc. 2, 6: aliquando etiam furtiva res usucapi potest: veluti si in domini potestatem reversa fuerit. tunc enim vitio rei purgato procedit eius usucapio; ebenso § 12 inst. 4, 1; l. 49 de usurp. 41, 3 u. a.

Rückkehr in die Gewalt des dominus liegt namentlich dann vor, wenn die Sache in seinen Besitz zurückgekehrt ist. L. 10 C. de furt. 6, 2. Die Rückkehr in die Gewalt des dominus ist aber nicht unter allen Umständen notwendig, die Rückkehr in die Gewalt eines Stellvertreters genügt nämlich dann, wenn der dominus von der Besitzergreifung der Mittelsperson Kenntnis hat; denn l. 41 de usurp.: „Si rem surreptam mihi procurator meus adprehendit, quamvis per procuratorem possessionem adipisci nos iam fere conveniat, *nihilo magis* eam in potestatem meam redisse usuque capi posse existimandum est, quia contra statui captiosum erit“ weist auf einen Fall hin, in dem die Sache in den Besitz des Stellvertreters ohne Wissen des dominus gekommen ist. — Unterholzner, Vangerow a. a. O. Das Wissen des dominus von der Rückkehr in die Gewalt des Stellvertreters ist aber nur regelmässig erforderlich, durchaus nicht immer. Weiss nämlich der dominus nichts von der Entwendung, so braucht er auch von der Rückkehr der Sache zu seinem Stellvertreter nicht in Kenntnis gesetzt zu sein. Die Bestätigung für diese Behauptung finden wir in l. 4, § 7 D. 41, 3: Paulus libro 54 ad edictum: Labeo quoque ait, si res peculiaris servi mei subrepta sit me ignorante, deinde eam nactus sit, videri in potestatem meam redisse: commodius dicitur etiam si sciero, redisse eam in meam potestatem. nec enim sufficit, si rem eam, quam perdidit,

ignorante me servus apprehendat, si modo in peculio eam esse volui; nam si nolui, tunc exigendum est, ut ego facultatem eius nactus sim.

Diese Stelle ist von jeher auf mannigfache Art erklärt worden, die Schwierigkeit liegt in den Worten „etiam si sciero". Jeder, der die Stelle zum ersten Male liest, wird, wenn nicht sicher, so doch wahrscheiniich denken, dass die Worte „nec enim sufficit, si quod perdidit, ignorante me apprehendat" und „commodius dicitur rediisse eam in meam potestatem" mit einander unvereinbar wären; so ist es denn auch sehr begreiflich, wenn Huschke[1]) auf den Gedanken kam, das unbequeme „nec enim sufficit" durch „nec enim officit" zu ersetzen, nur ist sonderbar, dass er so sehr von der Richtigkeit dieser Conjectur überzeugt war, dass er eine wissenschaftliche Widerlegung anderer Ansichten einfach für unnötig erklärte, „da diese sich selbst widerlegen!" Ob er andere auch in solchem Grade überzeugen kann, scheint fraglich, da sich nur einige ihm angeschlossen haben.[2])

Zum Verständnis der Stelle ist unbedingt notwendig, dass man die Worte „etiam si sciero" von dem Wissen der zurückerlangten Gewalt und der Entwendung versteht. Darauf machte zuerst Cuiacius[3]) aufmerksam und ihm schloss sich seitdem die Doctrin allenthalben an.[4]) Wollte man „etiam si sciero" nur auf die Entwendung beziehen, dann würde eine Uebersetzung dieser Stelle lauten: „Wenn eine Peculiarsache meinem Sklaven ohne mein Wissen entwendet worden ist und dann — natürlich ebenfalls ohne mein Wissen, da Labeo hiervon schweigt, und die Wiedererlangung mit Wissen des Herrn die reversio

---

[1]) Zeitschr. f. Civilr. und Proc. N. F. II (1846) Nr. 6.

[2]) Sell, Böcking.

[3]) Cuiacius ad h. l. und Opp. Neap. tom. V., p. 732 ff.

[4]) Sintenis, civilist. Bemerkungen im Arch. f. civ. Pr. B. 18, S. 299 ff.; Schirmer S. 157; Windscheid § 182, Anm. 10.

in potestatem selbstverständlich zur Folge haben würde — von demselben wiedererlangt worden ist, so ist nach Labeo die Sache in meine Gewalt zurückgekehrt. Vorteilhafter ist auch dann eine Rückkehr in meine Gewalt anzunehmen, wenn ich von dem furtum gewusst habe; denn es genügt nicht zur purgatio vitii furti, dass der Sklave ohne mein Wissen die Sache wiedererlangt hat.“

Paulus würde also nicht nur das Gegenteil behaupten wie Labeo, sondern auch sich selbst widersprechen; daher ist der Sinn der Stelle von commodius an in der bereits angedeuteten Weise zu paraphrasieren: vorteilhafter ist anzunehmen, dass die Sache auch dann in die Gewalt des dominus zurückkehre, wenn er sowohl den Diebstahl als die Rückkehr zum Sklaven erfahren hat und deshalb selbst keine Besitzergreifung vorzunehmen braucht; denn es genügt nicht usw. Dies aber nur unter der Voraussetzung, dass die Sache auch ferner zum Peculium des Sklaven gehöre; denn sonst muss der dominus notwendig selbst die Sache in Besitz nehmen. — Es erübrigt an dieser Stelle noch auf Unterholzners[1] Meinung einzugehen. Unterholzner sagt: „Es mag auffallend erscheinen, dass auch dann nicht einmal eine Ausnahme stattfindet — nämlich von dem Satze, dass Rückkehr in die Gewalt des Stellvertreters dann als Rückkehr in die Gewalt des Herrn angesehen werde, wenn der Herr von der Rückkehr in die Gewalt des Vertreters Kenntnis habe — wenn dem Sklaven (oder Kinde) etwas entwendet wird, was er peculiari nomine besitzt; der Herr muss notwendig wissen, dass der Sklave die Sache wieder bekommen hat, wenn angenommen werden soll, die Sache sei in die Gewalt des Herrn zurückgekommen.“ Wäre das Resultat, zu welchem Unterholzner auf Grund der l. 4, § 7 gelangt, richtig, dann

[1]) Unterholzner B. 1, p. 230; Sintenis a. a. O.

wäre es freilich auffallend; aber ist es vielleicht nicht deshalb so auffallend, weil es nicht richtig ist?! Unterholzner zieht „me ignorante“ zu „deinde eam nactus sit“. Hierzu besteht kein Anlass, vielmehr ist „me ignorante“ zu „subrepta“ zu ziehen und wird hierdurch gar nicht in Abrede gestellt, dass der Herr nun auch nicht um die Wiedererlangung gewusst habe. Weiss der dominus von der **Wieder**erlangung der Sache, dann weiss er auch von dem furtum; weiss er von dem Diebstahl, nicht aber von der Wiedererlangung der Sache, dann kommt die Sache nicht eher in seine Gewalt zurück, bis er von der Wiedererlangung weiss „nec enim sufficit, si eam rem, quam perdidit, ignorante me servus apprehendat“; weiss endlich der dominus nicht von dem furtum, dann braucht er auch nicht von der Wiedererlangung seitens des Sklaven etwas zu wissen, vielmehr tritt die reversio in potestatem domini und somit die purgatio rei furtivae mit der Apprehension durch den Sklaven ipso iure ein.

Wenn Unterholzner behauptet, die Worte: „si modo“ und folgende, könnten auch „füglich“ Worte des Labeo sein, so ist dieses deshalb nicht wahrscheinlich, weil Labeo Nichtwissen des dominus voraussetzt und hiermit die Worte „nam si nolui, tunc exigendum est, ut ego facultatem eius nactus sim“ unvereinbar sind. — Uebrigens scheint Unterholzner selbst im Zweifel gewesen zu sein, was eigentlich Rechtens sei; denn während er in dem Texte die Sache so darstellt, als wenn das Wissen des dominus von der Wiedererlangung der res peculiaris durch den Sklaven ein unbedingtes Requisit sei, bemerkt er in Anmerkung 241: übrigens beschränkt Cuiacius die Notwendigkeit der in dieser Stelle geforderten eigenen Wissenschaft des Herrn mit Recht auf den Fall, wo der Herr auch die Entwendung der res peculiaris erfahren hatte; um so merkwürdiger, dass er sich nicht der Ansicht des Cuiacius angeschlossen hat, die nicht nur an

und für sich richtig erscheint, sondern eben auf Grund der l. 4, § 7 cit.

Derselbe Unterschied ist zu machen, wenn der Stellvertreter selbst das furtum begangen hat; weiss der dominus nicht von dem furtum desselben, dann kommt die Sache mit der Rückkehr an den Stellvertreter auch in die potestas domini; wusste er aber von dem furtum, so verhindert das Nichtwissen der Rückkehr die Hebung des Usucapionshindernisses:

L. 4, § 10 cod.: Item Labeo: si rem, quam apud te deposuerim, lucri faciendi causa vendideris, deinde ex poenitentia redemeris, et eodem statu habeas; sive ignorante me, sive sciente ea gesta sunt, videri in potestatem meam redisse secundum Proculi sententiam, quae et vera est; in Verbindung mit l. 4, § 8: ideoque et si servus meus rem mihi surripuerit, deinde eam loco suo reponat, poterit usucapi, quasi in potestatem meam redierit: utique si nescii; nam si scivi exigimus, ut rediisse sciam in meam potestatem.[1])

Eine weitere Ausnahme von dem allgemeinen Satze, dass der Eigentümer von der Rückkehr in die Gewalt des Stellvertreters Kenntnis haben müsse, gilt bezüglich der Unmündigen und Geisteskranken, indem in diesem Falle das Wissen des tutor resp. curator das Wissen des Bevormundeten ersetzt.

L. 4, § 11 D. 41, 3; l. 56, § 4 de furt.: qui tutelam gerit, transigere cum fure potest; etsi in suam potestatem redegerit rem furtivam, desinit furtiva esse, quia tutor domini loco habetur. Sed et circa curatorem furiosi eadem dicenda sunt, qui adeo personam domini sustinet, ut etiam tradendo rem furiosi alienare existimetur . . . .

Es gilt hier der Satz „tutor domini loco habetur“, wofern nicht der Vormund selbst der Dieb ist, l. 7, § 3

[1]) Heidelberger Jahrbücher, Jahrg. 1817, Nr. 37, p. 582.

D. 41, 4 . . . . nam tutor in re pupilli tunc domini loco habetur quum tutelam administrat, non quum pupillum spoliat.

Ob das vitium rei furtivae auch dann gehoben werde, wenn die Sache in die Gewalt des redlichen Besitzers zurückkehrt, ist sehr bestritten. Diejenigen, welche diese Frage bejahen, berufen sich auf l. 6, § 3 D. de precar. 43, 26, wo Ulpian sagt:

Julianus ait eum, qui vi alterum deiecit et ab eodem precario rogavit, desinere vi possidere et incipere precario; neque existimare sibi ipsum causam possessionis mutare, quum voluntate eius, quem deiecit, coeperit precario possidere; nam si ab eodem emisset, incipere etiam pro emtore posse dominium capere. In dieser Stelle solle gesagt sein, dass das den res vi possessae anhaftende vitium durch Rückkehr in die Gewalt des bonae fidei possessor gehoben werde, und da im allgemeinen die Vorschriften über die purgatio vitii bei den res furtivae und vi possessae in gleicher Weise Geltung haben, so müsse zur purgatio vitii furti ebenfalls die Rückkehr in die Gewalt des bonae fidei possessor ausreichen. Es ist nun, wiewohl dies die Glosse [1]) und Donellus [2]) leugnen, allerdings richtig, dass die über die purgatio der res vi possessae getroffenen Bestimmungen auch bei den res furtivae Anwendung finden, da diese beiden Kategorieen unersitzbarer Objecte mehrfach in diesem Punkte auf eine Stufe gestellt werden. Dies beweisen:

L. 86 D. h. t.: Si ad dominum ignorantem perveniret res furtiva vel vi possessa, non videatur in potestatem domini reversa, ideo nec si post talem domini possessionem bona fide ementi venierit, usucapio sequitur; § 8 I. de usuc. II, 6: aliquando etiam furtiva vel vi

[1]) Gl. ad l. 6, § 3 v. possidere.
[2]) L. c. V. c. 28, § 4.

possessa res usucapi potest: veluti si in domini potestatem reversa fuerit. tunc enim vitio rei purgato procedit eius usucapio.

Eine andere Frage ist aber, ob l. 6, § 3 cit. wirklich die Bestimmung enthält, dass eine res vi possessa durch Rückkehr in die Gewalt des bonae fidei possessor wieder usucapierbar werde. Die Vertreter dieser Meinung [1] interpretieren die letzten Worte der Stelle „nam si ab eodem emisset etc.“ dahin, dass der Dejicient durch Kauf von dem Dejectus das gekaufte Grundstück ersitzen könne, da in der Abschliessung dieses Vertrages gewissermassen eine reversio in potestatem liege. Wäre nun der Dejectus Eigentümer der gekauften Sache gewesen, so hätte die Ersitzung doch gar keinen Zweck, da der Dejicient ja schon durch Tradition der Sache und Zahlung resp. Creditierung des Kaufpreises das Eigentum erworben hätte d. h. alles das, was er durch den Kauf erreichen wollte, folglich müsse der Vertriebene gutgläubiger Besitzer gewesen sein.

Hiergegen ist zunächst geltend zu machen, dass daraus, dass der Dejectus nicht Eigentümer der Sache war, durchaus nicht folgen kann, dass er gutgläubiger Besitzer war, mit demselben Rechte kann man vermuten, dass derselbe malae fidei possessor gewesen sei — dies giebt sogar Schirmer p. 150 zu —, da erst Nov. 119 cap. 7 die Usucapion der wider Wissen und Willen des Grundherrn betrüglich veräusserten Immobilien untersagte; dann aber halte ich es, wie schon de Retes [2] annimmt, für sehr wahrscheinlich, dass Julian sich einen Fall gedacht habe, bei welchem der verkaufte fundus von dem Eigentümer nur formlos übertragen sei, nicht

[1] Unterholzner; Schirmer p. 146 ff.; Maiansius disput. II Nr. 66, § 16.

[2] Ad leg. Atin. § 34, 35 in Meerm. thes. VI, p. 485.

jedoch mittels der altrömischen mancipatio, sodass nur ein blosses in bonis esse, keineswegs aber civilrechtliches Eigentum „ex iure Quiritium“ begründet wurde; damit dieses entstand, war das Hinzukommen der usucapio pro emtore erforderlich. v. Vangerow [1]) glaubt, man könne die Worte „pro emtore posse dominium capere“ ebensowohl auf einen Eigentumsbesitz pro emtore wie auf einen Usucapionsbesitz pro emtore beziehen. Dieses ist aber kaum anzunehmen, da in den Quellen ein Ausdruck wie „dominium pro emtore“ oder ein ähnlicher kaum zu finden sein dürfte, während der Ausdruck „pro emtore usucapere“ und capere = usucapere häufig vorkommt. Bei der von de Retes und Amaya vertretenen Erklärung unserer l. 6, § 3 hat auch der Ausdruck „incipere“ aus dem man alles mögliche hat schliessen wollen, durchaus nichts Befremdendes: Nachdem Ulpianus vorher „desinere vi possidere“ und „incipere precario possidere“ gegenüber gestellt hat, schwebt ihm auch noch in den Schlussworten das Gegensätzliche „desinere vi possidere“ vor Augen. Unter diesen Umständen glaube ich keineswegs die Rückkehr in die Gewalt des bonae fidei possessor als genügend zur Tilgung des vitium furti und damit zur Wiederherstellung der Usucapionsfähigkeit bezeichnen zu dürfen.

Noch viel weniger kann die Rückkehr in die Gewalt des malae fidei possessor diesen Erfolg haben. Der von Unterholzner, der fast allein diese Ansicht vertritt,[2]) hierfür geltend gemachte Grund, dass nach der reversio in potestatem malae fidei possessoris die Lage der Dinge sichtbar so sei, wie sie vor der Entwendung gewesen, beweist nicht viel; denn würde er ausreichen, dann wäre nicht abzusehen, warum die Rückkehr in die Gewalt des

[1]) Vangerow, Pand. I, § 317, p. 669.
[2]) Unterholzner a. a. O. p. 226.

dominus überhaupt jemals dann verlangt würde, wo das Delict nicht direct und allein gegen den dominus gerichtet war, und auf diesen einzigen Fall, wo das Delict nur gegen den Eigentümer gerichtet war, beschränkt doch auch Unterholzner die von den Quellen aufgestellte Regel: „rem in potestatem domini reverti debere“ nicht. Würde aber die purgatio rei furtivae schon mit der Rückkehr in die Gewalt des malae fidei possessor eintreten, so würde damit überhaupt der Sinn und gesetzgeberische Zweck des Usucapionsverbotes der res furtivae, das doch prinzipiell zum Schutze des Eigentums entstanden ist, wesentlich beeinträchtigt werden. Wie sollte die Rückkehr in die Gewalt des malae fidei possessor von Einfluss auf die durch das furtum bewirkte Störung des vermögensrechtlichen Verkehrs sein können, wo doch diese nach wie vor in gleicher Weise andauert! Freilich möchte ich auch nicht so weit gehen, die Rückkehr in die Gewalt des Eigentümers als für jeden Fall unbedingt erforderlich hinzustellen, sodass also niemals die Rückkehr in die Gewalt des Bestohlenen genügen könne. Dieses letztere muss ich vielmehr bei der oben gegebenen Erklärung der lex 49 de usurp. dann annehmen, wenn der verpfändende Nichteigentümer die Sache dem Gläubiger wegnimmt, aber auch nur dann; denn wiewohl die Vermutung nahe liegt, dass auch noch in andern Fällen, namentlich denjenigen des abgeleiteten Besitzes, die Rückkehr in die Gewalt des Bestohlenen genüge, so darf dies nicht behauptet werden, da l. 4, § 6 D. h. t. hiermit in Widerspruch steht: Quod autem dicit lex Atinia, ut . . . . sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non in eius utique, cui surreptum est. Igitur *creditori* surrepta et ei, cui commodata est, in potestatem *domini* redire debet. Würde die Rückkehr in die Gewalt des abgeleiteten Besitzers, abgesehen von dem Beispiele der l. 19, genügen, so wäre es natürlich,

eine analoge Ausdehnung auf den Commodatar und vielleicht sogar den Mieter vorzunehmen, allein bezüglich des Commodatars enthält die l. 4, § 6 cit. gerade die entgegengesetzte Anschauung.

Wo wir Vorschriften über die purgatio rei furtivae finden, heisst es regelmässig, dass die Sache in potestatem domini zurückkehren müsse; unter dominus verstand das römische Recht ebensowohl wie der classische Sprachgebrauch den Eigentümer, den Herrn, wie auch niemand unter dominium etwas anderes verstehen wird wie Eigentum, jedenfalls ist dieses die gewöhnliche Bedeutung. Diese Erwägungen können uns nur noch bestärken in dem Resultate, welches die vorhergehenden Ausführungen bereits geliefert haben und welches sich dahin zusammenfassen lässt:

Das durch das furtum rei hervorgerufene vitium wird durch die Rückkehr in die Gewalt des Eigentümers, — also natürlich auch seines Erben — getilgt; unter Umständen genügt auch die Besitzergreifung eines Stellvertreters und wird dann als Rückkehr in die Gewalt des dominus betrachtet. Hat der verpfändende Nichteigentümer das furtum begangen, so ist auch die Rückkehr in die Gewalt des Bestohlenen hinreichend. L. 49.

Zum Schluss ist nun noch festzustellen, wann eine reversio in potestatem vorliege; hierbei ist vorzüglich die reversio in potestatem domini zu berücksichtigen, da diese regelmässig verlangt werden muss und bezüglich der reversio in potestatem creditoris in l. 49 grossenteils ähnliche Regeln Geltung finden dürften. — Am häufigsten findet die reversio in potestatem domini, wie bemerkt, dann statt, wenn der Eigentümer den Besitz der res furtiva erlangt. Ueber die Art dieses Besitzes wird uns mitgeteilt, die possessio müsse iusta sein und zwar so, dass sie nicht entrissen werden könne, hinzukommen

muss das Wissen der Identität mit derjenigen Sache, welche Objekt des furtum war:

L. 4, § 12 dig. 41, 3: tunc in potestatem domini redisse dicendum est, cum possessionem eius nactus sit iuste, ut avelli non possit, sed et tamquam suae rei, nam si ignorans rem mihi subreptam emam, non videri in potestatem meam reversam. l. 7, § 7 pro emt. l. 86, dig. 47, 2.

Die Vergleichung mit l. 4, § 26 de usurp.: si dominus fundi possessorem vi deiecerit, Cassius ait non videri in potestatem eius redisse, quando interdicto unde vi *restiturus* sit possessionem beweist, dass wir unter einem rechtmässigen Besitz von der Art, dass er nicht entzogen werden kann, einen solchen zu verstehen haben, der nicht durch Besitzesinterdicte gestört werden kann; nur ist es schwer festzustellen, an welche Interdicte Paulus in l. 4, § 12 gedacht haben mag. Da der Eigentümer den Besitz der Sache iuste d. h. nicht durch Eigenmacht, sondern auf civilrechtlich erlaubtem Wege erlangt haben muss, so würde es, namentlich auch im Hinblick auf § 26, nahe liegen, an das Interdictum de vi zu denken. Allein dies ist unzulässig, da sich dieses nicht auf bewegliche Sachen bezog,[1]) l. 1, § 6 de vi: illud utique in dubium non venit, interdictum hoc ad res mobiles non pertinere. Da man das iuste possidere auch nicht in Beziehung mit dem interdictum de clandestina possessione bringen darf, weil dieses zur Zeit des Paulus schwerlich Anwendung fand,[2]) jedenfalls aber sich nur auf Immobilien bezog, so ist es sehr wahrscheinlich, dass Paulus an das interdictum utrubi gedacht hat, welches damals noch in seiner ursprünglichen Gestalt Anwendung fand, vielleicht auch an das interdictum de precario. Paulus sagt also in l. 4, § 12: Eine entwendete Sache

[1]) Savigny, Recht d. Besitzes, 6 Aufl., p. 522.
[2]) Savigny, Recht d. Besitzes, § 41.

kann nur dann als in die Gewalt des Eigentümers zurückgekehrt bezeichnet werden, wenn ihm der Besitz nicht mehr durch das interdictum utrubi oder de precario entzogen werden kann; der Besitz muss ein gerechtfertigter, ein tadelfreier sein, die eigenmächtige Handlung des Diebes kann nicht durch spätere Eigenmacht des Eigentümers getilgt werden.

Denkbar ist auch der Fall, dass jemand eine ihm entwendete Sache in den Händen eines Dritten vorfindet und nun dieselbe, als ihm gehörig erkennend, mietet oder leiht, weil er nicht eigenmächtig vorgehen will oder glaubt befürchten zu müssen, dass man seiner Behauptung, die betreffende Sache sei ihm, dem Eigentümer, zur Zeit entwendet worden, keinen Glauben schenken würde, um dann hinterher seinen Anspruch geltend zu machen! Ob unter diesen Voraussetzungen die römischen Juristen entschieden haben würden, iustam domini esse possessionem ut avelli non possit, dürfte zweifelhaft sein! Ich glaube, dass man nicht annehmen darf, die Sache sei so, wie es sich gebührt, in die Gewalt des Eigentümers zurückgekehrt; denn einmal hätte er von seiner Befugnis „ubi rem meam invenio, ibi vindico“ Gebrauch machen sollen, dann aber glaube ich, dass die Gefahr der actio locati oder commodati drohen würde, da l. 15, dig. 16,3 sich auf den Fall bezieht, wo der Eigentümer in Unkenntnis seines Eigentums mietet.

Die wirkliche Besitzerlangung ist aber nicht die einzige Möglichkeit der reversio in potestatem domini, vielmehr kann dieselbe ersetzt werden. So wird an einer Stelle mitgeteilt, dass auch dann eine reversio in potestatem domini vorliege, wenn der dominus nur die Möglichkeit habe, die Sache durch Anstellung der rei vindicatio zu erlangen. L. 215 Dig. de verb. sign. 50, 16 . . . . in lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri, et si eius vindicandae potestatem habuerit, Sabinus

et Cassius aiunt. Vielleicht könnte man diesen Umstand auch in den vorher gedachten Fällen, wo der Eigentümer als Mieter oder Commodant figurierte, berücksichtigen wollen, allein dieses würde deshalb nicht passend erscheinen, weil dort der Eigentümer ja den Besitz der Sache sich zu verschaffen wusste.

Ausser der Möglichkeit klageweiser Durchführung des Rechts wird wirklicher Besitzerlangung gleich geachtet, wenn man statt der Sache die litis aestimatio annimmt oder die res furtiva dem Entwender oder einem Dritten überlässt.

L. 4, § 13, 14 D. 41, 3: sed et si vindicavero rem mihi subreptam et litis aestimationem accepero, licet corporaliter eius non sim nactus possessionem, usucapietur, idem dicendum est etiam, si voluntate mea alii tradita sit.

L. 32 pr. cod.: si fur rem furtivam a domino emerit et pro tradita habuerit, desinet eam pro furtiva possidere et incipiet pro suo possidere.

Bisweilen tritt sogar unabhängig von dem Willen des Eigentümers eine purgatio furti ein, so bewirkt Specification oder Accession der res furtiva Aufhebung der Furtivität der Materie resp. Nebensache, weil die res furtiva hierdurch untergeht. Ob aber die neue Sache nur dann furtiv wird, wenn der fur selbst oder ein anderer, der in mala fide ist, dieselbe verfertigt, oder ob das Vorhandensein der bona oder mala fides irrelevant ist, so dass also jedes aus einer res furtiva hervorgegangene Produkt nicht ersitzbar ist, ist schwer festzustellen.

L. 4, § 20 D. h. t. lautet ganz allgemein:

Si ex lana furtiva vestimentum feceris verius est, ut substantiam spectemus et ideo vestis furtiva erit. In den Worten verius est ut substantiam spectemus ist ein Hinweis darauf zu erblicken, dass die bona oder mala fides gar nicht in Betracht zu ziehen ist; das wird jeder zu-

geben, der nicht voreingenommen ist, weil er weiss, dass anderwärts der Erwerb des Eigentums durch Specification von der Redlichkeit des Specificanten abhängig gemacht wird. Da dies aber der Fall ist, z. B. l. 12, § 3 D. 10, 4 der Specificant das Eigentum der Sache deshalb nicht erwirbt, weil er in mala fide ist, so hat man vielfach geglaubt in l. 4, § 20 stillschweigend voraussetzen zu dürfen, der Verfertiger sei in mala fide gewesen.[1]) Ich glaube im Hinblick auf l. 4, § 20 behaupten zu sollen, dass ohne Ausnahme jedes aus einem entwendeten Stoffe hervorgegangene Produkt nicht usucapierbar sei,[2]) zumal l. 12, § 3 mit dem Grunde „quia quod ex re nostra fit nostrum esse verius“ kein unzweifelhaftes Resultat liefert; denn wenn dieser Satz richtig ist, dann hat er ja seine Richtigkeit bei bona und bei mala fides des Specificanten. Zweifellos aber kann die specificierte Sache dann nicht ersessen werden, wenn der Dieb oder ein unredlicher Besitzer — entwendet ist jedes unredlicher Weise verarbeitete Material[3]) — die Specification vorgenommen hat. Im schärfsten Gegensatze hierzu wird in der neuern Zeit vielfach behauptet, der Specificant erwerbe trotz mala fides sogar sofort Eigentum.[4])

Ob diese Ansicht sich aber zur Genüge rechtfertigen lässt, ist eine andere Frage! Der Hauptgrund, auf den die Verteidiger dieser Ansicht sich stützen, liegt darin, dass dem Specificanten der Eigentumserwerb kraft Occupation zufalle. Dieses ist höchst bestritten, wenn auch vielleicht, wenigstens in der älteren römischen Jurisprudenz stellenweise anerkannt; aber auch höchst be-

---

[1]) Gloss. ad h. § v., si ex lana furt.; Cuiacius, in h. l. Recit. in lib. 54 Paul. ad Edict.; Schulting, Notae in Pand. h. l.

[2]) Schmid, Handb. des gem. bürgerl. R., Bd. I, § 14, p. 201.

[3]) Windscheid, § 187, Anm. 3.

[4]) Gesterding, Lehre v. Eigentum, S. 266 ff.; Seuffert, Erörterg., S. 18 ff.; Vangerow, § 310, 2.

streitbar, da es viel naturgemässer und berechtigter erscheint, den Eigentumserwerb des Specificanten als Belohnung für die geleistete Arbeit aufzufassen. Dies zugegeben, kann natürlich der Specificant nur dann Eigentum erwerben, wenn er die Specification bona fide vollzog; denn nur dann verdient er diesen Lohn für seine Arbeit. Aber auch unsere Quellen beweisen, dass in der Compilation der Eigentumserwerb des Specificanten, sofern ein solcher überhaupt statthaben kann, stets den guten Glauben des Specificanten zur Voraussetzung hat.

Dieses geht ganz klar daraus hervor, dass dem Stoffeigentümer die condictio furtiva gegen denjenigen, welcher mala fide die Specification vorgenommen hat, gegeben wird: l. 13; l. 14, § 3 de cond. furt. 13, 1; l. 4, § 20 de usurp. 41, 3; l. 52, § 4 de furt. 47, 2. Diese leges in Verbindung mit l. 1 de cond. furt.: „in furtiva re soli domino condictio competit" schliessen jeglichen Eigentumserwerb des mala fides specificans offenbar aus und können auch nicht durch den Einwand beseitigt werden, den man aus l. 10, § 2 D. 13, 1 herleiten will: dem dominus stehe die conditio furtiva nur solange zu „donec *domini* facto dominium eius rei ab eo recedat", die condictio auf die verarbeitete Sache darf man nicht mit der auf die neu entstandene verwechseln.[1])

Dass auch dann die res furtiva wieder ersessen werden kann, wenn das Vermögen des Entwenders mit demjenigen des Eigentümers verschmilzt, ist klar, man denke nur an den Fall der Beerbung.

Besondere Erwähnung verdient, dass das römische Recht mit grosser Strenge verlangt, dass derjenige, in dessen Gewalt die Sache zurückgekehrt ist, dieselbe als sein Eigentum und als ihm entwendet erkennt:

[1]) Conf. Seuff. Arch. XV. 99.

L. 86 D. h. t.: si ad dominum ignorantem pervenerit res furtiva vel vi possessa, non videtur in domini potestatem reversa: ideo nec si post talem domini possessionem *bona fide* ementi venierit, usucapio sequitur.

Man könnte leicht erwarten, dass schon die blosse Rückkehr zum dominus genügen müsse, weil doch die durch das furtum hervorgerufene Störung der güterrechtlichen Verhältnisse in diesem Augenblicke nach aussen hin als beseitigt erscheint.

Es liegt ausserhalb des Bereiches dieser Arbeit darzuthun, wie sich der römische Diebstahlsbegriff durch den Einfluss des mittelalterlich-deutschen Rechts zu dem modernen strafrechtlichen Begriffe im Laufe der Jahrhunderte entwickelt hat. Nur darauf sei mir noch gestattet hinzuweisen, dass man nach dem Vorbilde des römischen Usucapionsverbotes und unter Rücksichtnahme auf die demselben zu Grunde liegenden Gedanken, die zu allen Zeiten ihre Berechtigung behalten werden, auch in den modernen Rechten dem Erwerb der gestohlenen Sachen meist mehr oder minder hindernd entgegen zu treten pflegt.

Selbst das französische Recht, welches mit seinem verhängnisvollen Grundsatz „en fait de meubles la possession vaut titre“ nicht einmal eine längere Zeit fortgesetzten Besitz verlangt, um eine etwa ungültige Erwerbung gültig zu machen, also im allgemeinen den Eigentums- und Besitzerwerb zusammenfallen lässt, giebt dem Eigentümer der choses volées eine drei Jahre lang dauernde Vindicationsbefugnis. Auch der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches glaubt dem römisch-rechtlichen Ersitzungshindernisse der Furtivität Rechnung tragen zu müssen und thut dies bei der an die Stelle der ordent-

lichen Ersitzung tretenden Art der Eigentumserwerbung, indem er bei den ohne Willen des Inhabers abhanden gekommenen d. h. den gestohlenen (und verlorenen) Sachen den gutgläubigen Rechtserwerb ausschliesst, conf. Motive Bd. III, p. 347 IV, freilich unter Einräumung eines gewissermassen zur Ausgleichung der entgegenstehenden Interessen bestimmten Lösungsanspruches!

Die für diese Materie massgebenden Bestimmungen formuliert § 848 des Entwurfes zweiter Lesung dahin:

„Der Erwerb des Eigentums auf Grund der §§ 846, 847 — der Erwerb in gutem Glauben — tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. Das Gleiche gilt falls der Eigentümer nur mittelbarer Besitzer ist, dann, wenn die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Geld oder Inhaberpapiere sowie auf Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräussert werden.“

Während also im allgemeinen der Entwurf den Mangel des Eigentums des Veräusserers durch die bona fides des Erwerbers gedeckt werden lässt, tritt der Eigentumserwerb nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen ist.

Wie billig diese Ausnahmebestimmungen im allgemeinen erscheinen mögen, so enthalten sie doch für denjenigen, welcher bona fide erwirbt, eine grosse Gefahr, da ihm selbst bei Aufwendung grosser Aufmerksamkeit entgehen kann, dass die betreffende Sache eine gestohlene (verlorene) ist, so dass eine strikte ausnahmslose Durchführung derselben sich kaum mit den Interessen des Verkehrs würde in Einklang bringen lassen. Auf diese Weise dürfte der zweite Absatz des Gesetzesparagraphen

seine Erklärung finden, dass Geld oder Inhaberpapiere sowie in öffentlicher Versteigerung erworbene Sachen selbst dann in das Eigentum des gutgläubigen Erwerbers übergehen, wenn sie dem Besitzer gestohlen worden oder verloren gegangen sind.

Enthält schon der zweite Absatz des § 848 eine bedeutende Einschränkung der in dem ersten enthaltenen Vorschriften, so wird deren immerhin vorhandene Härte noch dadurch gemildert, dass derjenige, welcher auf Grund derselben einen Rechtsverlust erlitten hat,[1]) von dem Veräusserer die Herausgabe desjenigen, was dieser durch die Veräusserung erlangt hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern kann.

---

[1]) § 850 des Entwurfes.